

# **Det prekontraktuelle ansvar**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer:

506

Leveringsfrist:

26.04.11

Til sammen 17815 ord

25.04.2011

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Juridisk metode og rettskilder	2
1.3	Avgrensninger og terminologi	3
1.4	Den videre fremstilling	3
<b><u>2</u></b>	<b><u>BAKGRUNN OG PLASSERING AV DET PREKONTRAKTUELLE ANSVAR</u></b>	<b><u>4</u></b>
2.1	Historiske trekk	4
2.2	Del av deliktsretten	6
2.3	Problemet med avtalefriheten	9
<b><u>3</u></b>	<b><u>DEN PREKONTRAKTUELLE FASE</u></b>	<b><u>11</u></b>
3.1	Innledning	11
3.2	Fra alminnelighet til skjerpelse	11
3.3	Overgangen til kontrakt	12
<b><u>4</u></b>	<b><u>DET PREKONTRAKTUELLE UTGANGSPUNKT</u></b>	<b><u>13</u></b>
4.1	Innledning	13
4.2	Handlefrihet	13
4.3	Den berettigede forventning	15
4.3.1	Innledning	15
4.3.2	Berettiget som følge av den annen parts adferd	15
4.3.3	Skadelidtes aktsomhetskrav	17

<b>4.4</b>	<b>Det illojale forhold</b>	<b>20</b>
4.4.1	Innledning	20
4.4.2	Skyldkravet	20
4.4.3	Forholdet til culpanormen	21
<b>4.5</b>	<b>Den prekontraktuelle lojalitetsplikt – uttrykk for en minstestandard</b>	<b>23</b>
<b>4.6</b>	<b>Oppsummering</b>	<b>24</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>FORVENTNINGSFUNDAMENTET</u></b>	<b><u>25</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>25</b>
<b>5.2</b>	<b>De generelle normer</b>	<b>25</b>
5.2.1	Innledning	25
5.2.2	Pålitelighetskravet	26
5.2.3	Taushetsplikt	27
<b>5.3</b>	<b>De individuelle prekontraktuelle normer</b>	<b>31</b>
5.3.1	Innledning	31
5.3.2	Opplysningsplikten	32
5.3.2.1	Innledning	32
5.3.2.2	Interne forhold	33
5.3.2.3	Eksterne forhold	33
5.3.3	Kravet om lojal medvirkning	36
5.3.4	Saklighetskravet	39
<b><u>6</u></b>	<b><u>LOJALITETSPLIKTENS STYRKE</u></b>	<b><u>42</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>42</b>
<b>6.2</b>	<b>En konkret avveiningsnorm</b>	<b>42</b>
<b>6.3</b>	<b>Ulike vurderingsmomenter</b>	<b>43</b>
6.3.1	Innledning	43
6.3.2	Hvem som forhandler	43
6.3.2.1	Innledning	43
6.3.2.2	Profesjonelle parter	43
6.3.2.3	Familieforhold	44
6.3.2.4	Vennskapsforhold	45

6.3.2.5	Tidligere samarbeid mellom partene	45
6.3.2.6	Allerede samarbeidsparter	46
6.3.3	Hvem har initiert forhandlingene	46
6.3.4	Kontraktens art	47
6.3.4.1	Innledning	47
6.3.4.2	Omfattende kontrakt, herunder ressursbruken	47
6.3.4.3	Langsiktig kontrakt	47
6.3.5	Bransjeforskjeller	48
6.3.6	Formalisering av forhandlingene, herunder prekontraktuelle avtaler	49
6.3.7	Stadiet av forhandlingene	50
<b><u>7</u></b>	<b><u>ERSTATNINGSUTMÅLINGEN</u></b>	<b><u>51</u></b>
<b>7.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>51</b>
<b>7.2</b>	<b>Positiv- og negativ kontraktsinteresse</b>	<b>52</b>
<b>7.3</b>	<b>Den prekontraktuelle erstatningsutmåling</b>	<b>53</b>
7.3.1	Innledning	53
7.3.2	Utgifter som kan kreves erstattet	55
7.3.2.1	Innledning	55
7.3.2.2	Direkte utgifter	55
7.3.2.3	Disponeringstapet	56
<b>7.4</b>	<b>Avslutning</b>	<b>58</b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>61</u></b>
<b><u>9</u></b>	<b><u>RETTSAVGJØRELSE</u></b>	<b><u>A</u></b>

## 1 Innledning

### 1.1 Tema og problemstilling

Avtaleregulering er et av de viktigste virkemidler aktører har for å oppnå ønskede resultater, samt å sikre seg mot konsekvensene av ulike problemer som måtte oppstå underveis. Kontrakten har i så måte blitt et essensielt og effektivt verktøy. På veien mot kontrakt vil partene, alt etter forholdene, ha gått igjennom en kortere eller lengre forhandlingsfase. Denne prekontraktuelle fasen representerer på mange måter et spennende mellomstadium mellom kontrakten, med de plikter og rettigheter den gir partene, og der partene står alene, med den friheten dette representerer. Spørsmålet er i hvilken grad forhandlingsfasen reduserer partenes frie handlingsrom.

Scenarioet som ligger til grunn for avhandlingen er følgende; to aktører har innlatt seg i forhandlinger med hverandre for å slutte bindende avtale, eller i det minste avklare muligheten for om slik avtale vil kunne bli sluttet. Underveis i kontraheringsbestrebelsene bryter imidlertid forhandlingene sammen, og de ressursene partene la ned i kontraheringsforsøket viste seg bortkastede.

Hovedregelen ved sammenbrutte forhandlinger er at de bortkastede kostnader må bæres av partene selv.<sup>1</sup> Det kan imidlertid likevel tenkes tilfeller der det finnes forhold som tilsier at en part kan kreve å bli holdt skadesløs for sine bortkastede kostnader.

Kontraheringsbestrebelsene vil således ut i fra lojalitetshensyn i en viss utstrekning forplikte partene overfor hverandre, og brudd på disse forpliktelsene vil kunne lede til erstatningsansvar. Dette omtales som det prekontraktuelle ansvar, og i avhandlingen følger en nærmere redegjørelse for når en skadelidende part kan kreve erstatning med grunnlag i denne ansvarsformen. Sentralt i avhandlingen vil være den prekontraktuelle lojalitetsplikten.

---

<sup>1</sup> Woxholth (2009) s. 199

## 1.2 Juridisk metode og rettskilder

I avhandlingen legges alminnelig juridisk metodelære til grunn.

Erstatningsretten er i stor grad del av den ulovfestede rett, og det prekontraktuelle ansvar utgjør intet unntak i så måte. De primære kilder for avhandlingen har derfor vært juridisk litteratur og rettspraksis.

Den prekontraktuelle ansvarsform har vært relativt lite drøftet i norsk juridisk litteratur. Unntaket er Lasse Simonsens ”Prekontraktuelt ansvar” fra 1997, der ansvarsformen er blitt underlagt en grundig analyse. I annen erstatnings- og kontraktsrettslig litteratur benevnes gjerne ansvarsformen kort, med en henvisning til Simonsens ”Prekontraktuelt ansvar”.

I de senere tiår har ansvarsformen blitt viet noe mer oppmerksomhet som følge av større fokus på de rene formuestapenes erstatningsrettslige stilling utenfor kontrakt.<sup>2</sup> Likevel er det altså relativt lite kildemateriale å ta av som er rettet mer konkret mot den prekontraktuelle relasjon. De prekontraktuelle lojalitetsforpliktelser vil imidlertid gjerne henge sammen med de kontraktuelle lojalitetsforpliktelser. Eksempelvis kan man se på den prekontraktuelle lojalitetsplikt som del av en alminnelig lojalitetsplikt i kontraktsforhold, som strekker seg fra innledningen og så lenge etter kontraktsoppfyllelsen som det etter omstendighetene er naturlig at den skal vare.<sup>3</sup> Slik sett vil kontraktsrettslig litteratur utgjøre en relevant rettskilde.

I konflikter med prekontraktuelle tilsnitt som har blitt behandlet i Høyesterett, har ansvarsformen ofte havnet i skyggen av det prinsipale spørsmål om bindende avtale er inngått eller ikke. Ansvar basert på den prekontraktuelle lojalitetsplikt har gjerne kommet inn som subsidiær påstand, og Høyesteretts drøftelser har gjerne vært mer sentrert rundt det prinsipale spørsmål. Sett bort fra anbudsretten, og den særegne prekontraktuelle situasjon som der gjør seg gjeldende, finnes det per dags dato ingen Høyesterettsdom som innrømmer erstatning på grunnlag av prekontraktuelt ansvar.

---

<sup>2</sup> Simonsen (1997) s. 7

<sup>3</sup> Nazarian (2007) s. 29

Problemstillingen har likevel kommet opp i Høyesterett ved noen anledninger, og disse dommene vil således bidra med viktig kildemateriale.

### 1.3 Avgrensninger og terminologi

I oppgaven er det den *alminnelige* prekontraktuelle lojalitetsplikt det skal redegjøres for. Det avgrenses således mot den kontraktuelle lojalitetsplikt, og situasjoner som oppstår under kontraktsregimet, ugyldighetstilfeller og andre kontraktslignende situasjoner. Dersom ikke annet presiseres vil det være den *rettslige* norm som drøftes.

På det prekontraktuelle stadium tar aktører i visse tilfeller i bruk ulike prekontraktuelle avtaler. Det vil i avhandlingen ikke redegjøres nærmere for slike.

Den offentlige sektor er i sitt virke underlagt et særlig regelverk for offentlige anskaffelser.<sup>4</sup> Regelverket oppstiller visse retningslinjer for prekontraktuell adferd der det offentlige er involvert som part. Problemstillinger som dette reiser vil ikke bli nærmere drøftet.

Det avgrenses også mot anbudsretten, og den spesielle prekontraktuelle relasjon som der gjør seg gjeldende mellom partene.

### 1.4 Den videre fremstilling

Jeg vil i fremstillingen først kort gjøre rede for bakgrunnen for den prekontraktuelle ansvarsform, samt hvor den saklig sett hører hjemme i det norske rettsbildet, før jeg i kapittel tre skal redegjøre for den prekontraktuelle fase. Det er etter min mening hensiktsmessig å begynne med en angivelse av tidsrommet der den særlige prekontraktuelle normering gjør seg gjeldende.

Det neste jeg kommer til å ta for meg er det prekontraktuelle utgangspunkt (kapittel 4). Som jeg skal vise, vil forhandlingssituasjonen som sådan være egnet til å pålegge partene visse lojalitetsplikter overfor hverandre. Disse kan riktignok påvirkes av

---

<sup>4</sup> Se lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999

partene, men det er likevel viktig med en god forståelse av hva som utgjør forhandlingsfasens naturlige utgangspunkt.

I kapittel fem vil det bli redegjort for selve normfundamentet. Som vi skal se, vil den prekontraktuelle situasjon være egnet til å gi partene forventninger om en viss adferd under forhandlingene, og det er disse forventningene som er gitt beskyttelse gjennom det prekontraktuelle ansvar. Ut i fra dette vil det kunne oppstilles visse pliktkategorier for partene, der sviktende etterlevelse av disse vil kunne resultere i ansvar.

I kapittel seks skal det vises at den prekontraktuelle lojalitetsplikt er en konkret avveiningsnorm. Med hvilken styrke normfundamentet gjør seg gjeldende, vil således avhenge av en rekke situasjonsspesifikke faktorer. Det vil her bli redegjort for ulike slike. Ved konstatert brudd på den prekontraktuelle lojalitetsplikt, vil skadelidte kunne få erstattet deler av sine bortkastede ressurser. Det skal i kapittel sju redegjøres for hovedlinjene som erstatningsutmålingen følger.

## **2 Bakgrunn og plassering av det prekontraktuelle ansvar**

### **2.1 Historiske trekk**

Frem til siste halvdel av det forrige århundre, var det prekontraktuelle ansvar en relativt uberørt problemstilling i norsk og nordisk rett.<sup>5</sup> På dette området kan det derfor synes å ha vært likhet mellom det norske og de ”common-law” baserte rettssystemer, der partenes totale frihet frem til bindende avtale er sluttet, har hatt en meget sterk stilling. Dette i motsetning til de kontinentale rettssystemer, der det har vært lang tradisjon for å anerkjenne at kontraheringsforsøk vil medføre en innskrenkning av partenes handlefrihet, og der brudd kan sanksjoneres av domstolene.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Simonsen (1997) s. 6

<sup>6</sup> Om dette, se Simonsen (1997) s. 6



Første gang ansvarsformen ble berørt av Høyesterett var i 1967 i den såkalte Frionor-dommen, der en må kunne si at retten inntok en relativt avvisende holdning til det prekontraktuelle ansvar.<sup>7</sup> De siste tre tiår har imidlertid ansvarsformen tiltrukket seg stadig mer internasjonal oppmerksomhet, også innen ”common-law” familien,<sup>8</sup> som følge av økende interesse rundt hva annet enn integritetskrenkelser som kan kreves erstattet innen deliktsretten.

Ansvarsformen er i dag en realitet i norsk rett, og befestet på mange måter sin posisjon gjennom tre sentrale dommer på nittitallet.<sup>9</sup>

I en verden der globalisering og utvikling innen industri, teknologi, forskning, handel og virksomhet for alvor skjøt fart i det forrige århundre, har kontraktsforhandlinger på samme måte gått igjennom en utviklingsfase. På mange måter har denne utviklingen bidratt til å legge grunnlaget for, og skape nødvendigheten av et prekontraktuelt ansvar. Den norske avtaleloven ble utviklet tidlig i det forrige århundre, og reglene om når kontraktsbinding oppstår, ble bygget opp etter prinsippet om tilbud og aksept.<sup>10</sup> Dette klassiske system preger fortsatt i stor grad de hverdagslige disposisjoner vi foretar oss, men ved større kontrakter ser vi i dag et større innslag av såkalte forhandlingsavtaler. Partene stiller da gjerne med representanter fra ledelse, juridisk avdeling, regnskap osv, alt etter hva slags avtale som skal slutes,<sup>11</sup> og forhandlingene strekker gjerne ut over tid der enighet oppnås skrittvis. Videre vil det under forhandlingene kanskje iverksettes ulike undersøkelsestiltak, så som ”due diligence” eller lignende, samt at kontraheringsbestrebelsene skal gis den interne behandling som trengs. Det vil med andre ord ofte bli investert mengder av ressurser i form av tid og penger allerede på forhandlingsstadiet. Kanskje mer enn hva man så på begynnelsen av det tyvende århundret.

---

<sup>7</sup> Rt. 1967 s. 13 – se s. 17

<sup>8</sup> Se Farnsworth (1987) s. 217

<sup>9</sup> Se Rt. 1992 s. 1110 Stiansen-dommen, Rt. 1995 s. 543 Selsbakkhøgda borettslag og Rt. 1998 s. 761 Kina-Hansen

<sup>10</sup> Se avtaleloven av 31. mai 1918, kap 1

<sup>11</sup> Om dette, se også Farnsworth (1987) s. 219

Videre har nok også kontraktsfrekvensen økt i tråd med den overfor beskrevne samfunnsutviklingen. For eksempel har det i senere tid vært en klar trend i at aktører konsentrerer seg om sin egen kjernevirksomhet, mens støttefunksjonene hentes inn av eksterne leverandører. Aktører vil dermed i stor grad levere tjenester til hverandre, og ikke bare til forbrukerne. De vil således være del av en rekke kontraktsforhold, og også oftere befinne seg i forhandlingssituasjoner. Et annet moment som også må kunne sies å ha bidratt til at avtalefrekvensen har økt, er den velstandsutviklingen vestlige land har gått igjennom, særlig etter 2. verdenskrig.

Disse trekkene i historien må kunne sies å ha fått konsekvenser også for kontraktsrettslige spørsmål, og behovet for å verne de ressurser aktører investerer i forhandlinger mot misbruk, synes å ha styrket seg som følge av utviklingen.

## 2.2 Del av deliktsretten

I norsk erstatningsrett skilles det tradisjonelt mellom erstatning **i** og **utenfor** kontrakt.<sup>12</sup> Skillet får betydning for hva erstatningsplikten springer ut av. Når en kontrakt påberopes som grunnlag for erstatningsansvar, vil kontrakten og misligholdet av denne danne grunnlag for erstatningsplikten. Erstatningsplikten utgjør således et pressmiddel for riktig kontraktsoppfyllelse. Ved erstatning utenfor kontrakt, er vi over i deliktsretten, og erstatningsplikten vil her i stor grad måtte støtte seg på den normative regulering av når et rettsgode er beskyttet.

I erstatningsretten generelt opereres med to hovedformer for ansvarsgrunnlag som vilkår for erstatningsplikt; ansvar på objektivt grunnlag og culpaansvaret.<sup>13</sup> Ansvar etter culpaeregelen rammer den som uaktsomt eller forsettlig, ved handling eller unnlatelse, forårsaker et skadelig resultat,<sup>14</sup> og er den normale ansvarsformen vi har. Ansvar på objektivt grunnlag vokste frem med industrialiseringen av samfunnet, som følge av de ekstra faremomentene dette førte med seg.<sup>15</sup> Ansvarsformen skiller seg fra

---

<sup>12</sup> Lødrup (1999) s. 28

<sup>13</sup> Lødrup (1999) s. 109

<sup>14</sup> Lødrup (1999) s. 122

<sup>15</sup> Lødrup (1999) s. 113

culpaansvaret ved at den ikke betinger subjektiv skyld, men rammer den som står nærmest til å bære risikoen for en skadevoldende begivenhet. Sentralt er hvem som har skapt risikoen.

Når det gjelder prekontraktuell ansvar, er dette en ansvarsform som springer ut av forhold utenfor kontrakt. Som følge av brudd på den prekontraktsuelle lojalitetsplikten, har kontraktsforhandlingene brutt sammen før avtale ble sluttet, og det finnes således ingen kontrakt å påberope. Det prekontraktsuelle ansvar hører med det hjemme under deliktsretten og culpaansvaret. Ansvar på objektivt grunnlag synes ikke å være aktuelt ved de prekontraktsuelle relasjoner. Begrunnelsene som anføres for det objektive ansvar er at utførelsen av det som skaper risikoen utgjør en særlig fare for mennesker, jf også teorien om ”farlig bedrift”,<sup>16</sup> samt at konsekvensene av risikoen bør bæres av den ”(...) i hvis interesse handlingen blir utført, (...)”.<sup>17</sup> Jeg kan ikke se at det er noen tradisjon for å gi de rene formuestap beskyttelse gjennom det objektive ansvar. Videre er kontraktsforhandlinger noe som er i begge parter interesse. Dette vil naturlig nok være en forutsetning for å delta i kontraheringsbestrebelse.

Deliktsretten er i stor grad preget av integritetskrenkelser, som betyr ”fysisk skade på person eller ting”,<sup>18</sup> og de økonomiske tap skadelidte lider vil typisk være avledet fra denne primærskaden. Ved de prekontraktsuelle forhold er det ikke integritetskrenkelsene som først og fremst gjør seg gjeldende, men snarere formuestap løsrevet fra integritetskrenkelser. Dette kalles gjerne de rene formuestap,<sup>19</sup> og det er altså skadelidtes økonomiske stilling alene som rammes av den skadevoldende begivenhet.

Integritetskrenkelsene er på mange måter en uensartet gruppe, i den grad at selve skadeobjektet vil variere enormt. Innen gruppen vil vi finne alt fra de forskjellige skader som kan ramme oss mennesker, til skader på alle de ulike fysiske gjenstander vi omgir oss med. Integritetskrenkelsene er imidlertid ensartet i den forstand at det langt på vei

---

<sup>16</sup> Lødrup (1999) s. 117

<sup>17</sup> Lødrup (1999) s. 116

<sup>18</sup> Lødrup (1999) s. 52

<sup>19</sup> Lødrup (1999) s. 53

foreligger en akseptert felles normering av handlefrihetens grenser.<sup>20</sup> Uavhengig av om det er tale om person eller ting, bør således skade på disse forsøkes unngått. Dette vil gjerne stille seg annerledes ved de rene formuestap som gjerne vil oppstå innen omsetningslivet. Det vil her være den konkrete situasjon som bestemmer om det rene formuestap nyter erstatningsrettslig vern eller ikke.

Det prekontraktuelle risikobilde preges på mange måter av aktører som konkurrerer med hverandre, både om markedsandeler og renommé. Aktørene vil således påføre hverandre skade i den forstand at den enes suksess gjerne vil resultere i redusert omsetning for den andre. Dette er et risikobilde som er en del av markedet, og noe de fleste aktører lever godt med. For eksempel vil de tapene aktørene lider i en prekontraktuell fase som regel være en del av det aksepterte risikonivå og noe en heller søker kompensert gjennom gevinsten i de kontrakter som vinnes.<sup>21</sup>

Forskjellen mellom de to typer skader kan illustreres ved et eksempel. Ved integritetskrenkelsene vil normeringen av handlefriheten gi ganske absolutte utslag. Hvis jeg som følge av uaktsomhet rygger på din bil, som pent og pyntelig sto parkert på sin oppmålte plass, vil mitt erstatningsansvar foreligge uten diskusjon. Den skadevoldende handling rammet et beskyttet rettsgode, og er dermed ikke tillatt. Ved de rene formuestap blir dette imidlertid annerledes. Åpner jeg en restaurant som konkurrerer med din, vil jeg etter all sannsynlighet, forutsatt god mat, påføre deg skade i form av økonomisk tap som følge av færre gjester.

Spørsmålet ved formuestapene blir derfor hvilke handlinger jeg kan foreta som vil påføre andre formuesskade *uten* å bli erstatningsansvarlig.<sup>22</sup> Innfallsvinkelen på de to områder blir ganske forskjellig. Der vi på integritetskrenkelsenenes område stort sett befatter oss med rettsgoder som *er* beskyttet, og vurderingstemaet derfor blir om det foreligger en skadevolder som har utvist den nødvendige skyld, blir det første spørsmålet ved de rene formuestap *om* man i det hele tatt har å gjøre med et beskyttet

---

<sup>20</sup> Simonsen (1997) s. 13

<sup>21</sup> Woxholth (2009) s. 199

<sup>22</sup> Lødrup (1999) s. 161

rettsgode. Premissene vil her legges av den konkrete situasjon og i hvilken grad denne er egnet til å skape berettigede forventninger hos partene. Der forventningen er berettiget, vil tapet som følge av de brutte forventninger etter forholdene kunne erstattes.

## 2.3 Problemet med avtalefriheten

I en drøftelse av det prekontraktsuelle ansvar, vil man måtte ta stilling til hvordan ansvarsformen forholder seg til prinsippet om avtalefrihet, som vi kjenner fra avtaleretten. Prinsippet har et sterkt ankerfeste i norsk rett, og to sider fremheves som særlig viktige; formfrihetsprinsippet og prinsippet om kontraktsfrihet. Ønsker to parter å slutte en avtale, står de som utgangspunkt fritt til å velge den slutningsform de måtte finne hensiktsmessig,<sup>23</sup> det være seg muntlighet, skriftlighet eller for eksempel ved suksessive forhandlinger. I visse, få, tilfeller krever lovgiver skriftlighet for at bundethet skal foreligge, og nettopp det faktum at dette kun kreves i særlige tilfeller, er med på å befeste den posisjonen prinsippet om formfrihet har i norsk rett.

Prinsippet om kontraktsfrihet, er flerleddet. ”Leddene” utgjøres av frihet til å inngå kontrakt, frihet til å velge medkontrahent og frihet for partene til selv å bestemme avtaleinnholdet.<sup>24</sup> I motsetning til prinsippet om formfrihet, er imidlertid kontraktsfriheten underlagt langt større begrensninger. Eksempelvis kan nevnes revisjonsreglene i avtaleloven.<sup>25</sup> Etter avtaleloven § 36 kan det foretas en revisjon av avtaleinnhold, der dette etter rimelighetshensyn eller rettferdighetshensyn anses som nødvendig. Videre tar forbrukerlovgivningen sikte på å regulere det misforholdet som ofte foreligger mellom partenes ”styrke” i avtaleforhold mellom næringsdrivende og forbrukere. Konkurranselovgivningens reguleringer av partenes mulighet til å påvirke konkurranseforholdene i markedet er et annet eksempel.

---

<sup>23</sup> Selvig (2009) s. 228

<sup>24</sup> Woxholth (2009) s. 27

<sup>25</sup> Avtaleloven av 31. mai 1918

Et sentralt aspekt ved kontraktsfriheten, som kanskje er en selvfølge og derfor kommer litt i bakgrunnen, er at ved frihet til å slutte avtale følger også frihet til *ikke* å slutte avtale. Det foreligger således kontraheringsfrihet.<sup>26</sup> I dette ligger at partene besitter autoritet til selv å bestemme *om* de vil inngå avtale eller ikke.<sup>27</sup>

Kontraktsfriheten henger uten tvil sammen med forestillingen om aktørers selvbestemmelsesrett, og har derfor ofte en viktig stilling i samfunn der individet står sterkt (i motsetning til kollektivet). Dette er vel også forklaringen på prinsippets særlige posisjon i det amerikanske rettssystem, der individenes selvbestemmelsesrett kanskje står sterkest.

I Norge må nok avtale- og kontraktsfrihetens posisjon i stor grad også forklares ut fra politiske hensyn, og de samfunnsøkonomiske ønskede effekter prinsippet har ved at konkurranse fremmes der dette er ønskelig (altså der det ikke foreligger monopol og statlig styring). Der avtalefriheten gir seg utslag i uønskede samfunnsøkonomiske effekter, eksempelvis bortkastede ressurser som følge av skadevoldende prekontraktuell adferd, vil således de samme argumenter kunne anføres til støtte for en prekontraktuell ansvarsform, som de som legitimerer avtalefriheten. Det kan for eksempel argumenteres for at det prekontraktsuelle ansvar bidrar til å effektivisere samspillet mellom aktører ved at det allerede ved oppstarten av forhandlinger blir etablert et minimumsnivå av tillit. Partene kan således ha tillit til at visse kjøreregler for prekontraktuell adferd overholdes, og med det fjerne noen av usikkerhetsmomentene som gjerne er forbundet med det å være i forhandlinger. Eksempelvis kan partene ha tillit til at de ikke blir ført bak lyset. Og skulle de likevel bli det, vil dette resultere i et erstatningskrav mot skadevolder, forutsatt økonomisk tap.

Det kan videre argumenteres med at tilstedeværelsen av en prekontraktuell lojalitetsnorm vil bidra til å holde transaksjonskostnadene nede, ved at aktørene slipper å iverksette ulike sikringstiltak. For eksempel avtalefestet lojalitetsplikt, kontrollering av informasjon og lignende. Etter rettsøkonomisk teori bør kontraktsretten inneholde

---

<sup>26</sup> Simonsen (1997) s. 73

<sup>27</sup> Woxholth (2009) s. 27

rettsregler og rettsprinsipper som blant annet bidrar til å holde transaksjonskostnadene nede, og dermed optimalisere ressursutnyttelsen.<sup>28</sup>

Tilstedeværelsen av en lojalitetsplikt vil videre kunne føre til at den som vurderer å igangsette forhandlinger med uhederlige motiver, for eksempel bedriftsspionasje, avstår fra å gjøre dette da handlingen vil være et brudd på lojalitetsnormen og dermed også ansvarspådragende.

Konklusjonen må etter dette bli at det både er rom for prinsippet om avtalefrihet og det prekontraktsuelle ansvar i norsk rett, og at det heller ikke nødvendigvis er noen motsetning mellom de to da mange av de samme hensyn begrunner begge tilstedeværelse.

### **3 Den prekontraktsuelle fase**

#### **3.1 Innledning**

Den prekontraktsuelle fase og normen(e) som gjelder der, må nødvendigvis avgrenses i tid (og innhold) i to retninger; i forkant mot de generelle normeringer som regulerer helt frittstående markedsaktører, og i etterkant mot kontraktsregimet og de langt strengere normeringer som gjelder der.<sup>29</sup> En annen viktig grunn til å avgrense mot kontraktsregimet, er de store erstatningsrettslige forskjellene som gjelder ved de ulike stadier.

#### **3.2 Fra alminnelighet til skjerpelse**

Den prekontraktsuelle fase begynner med at parter innleder forhandlinger med hverandre. Aktørene har da krysset den terskel der de kun sonderer markedet og fortsatt befinner seg innenfor det ”alminnelige normregime”, og har i stedet gått i dialog med en

---

<sup>28</sup> Eide og Stavang (2008) s. 289

<sup>29</sup> Simonsen (1997) s. 18

konkret eventuell avtalepartner med en direkte eller indirekte uttalt intensjon om at avtale ønskes sluttet. Med dette skjerpes kravet til lojal opptreden partene i mellom.<sup>30</sup> Det avgjørende for at partene befinner seg innenfor det prekontraktuelle normregime er altså at et ønske om å slutte kontrakt på en eller annen måte har kommet til uttrykk overfor en konkret motpart. Det kan altså like gjerne være en parts adferd, som et uttalt ønske, som peker i retning av kontraktsintensjoner, og dermed reduserer hans handlefrihet.

Nå er det ikke slik at ved overgangen til den prekontraktuelle fase, vil en bestemt norm gjelde. Som vi skal se, vil innholdet av denne avhenge av en rekke faktorer. Hvor sterk kontraheringsvilje som kommuniseres og ikke minst hvordan den kommuniseres er begge faktorer som bidrar til å påvirke lojalitetspliktene.<sup>31</sup> Det må med andre ord foretas en konkret vurdering, og lojalitetspliktens innhold vil påvirkes av de gjeldende forhold.

### 3.3 Overgangen til kontrakt

I etterkant avgrenses den prekontraktuelle fase mot kontraktsregimet. Partene har nå kommet til enighet og inngått kontrakt om det de under den prekontraktuelle fase forhandlet om. Under kontrakten vil partene ha en rekke plikter å forholde seg til.<sup>32</sup> For eksempel å levere gjenstand som svarer til kontraktens spesifikasjoner, plikt til å levere i henhold til fastsatt leveringsdato, betaling til fastsatt tid og lignende. Slike plikter vil som regel være regulert i kontrakten, og brudd på disse vil kunne møtes med misligholdsbeføyelser. I tillegg vil partene være forpliktet til i rimelig grad å ivareta den andre parts interesser og ta hensyn til disse,<sup>33</sup> å medvirke til at kontraktsforholdet kan avvikles som forutsatt, eller lignende. Partene har således fortsatt en *lojalitetsplikt* å forholde seg til i det de trer inn i kontraktsregimet. Da imidlertid rammebetingelsene har endret seg vil også selve norminnholdet stille seg annerledes.

---

<sup>30</sup> Simonsen (1997) s. 18

<sup>31</sup> Slik også Simonsen (1997) s. 19

<sup>32</sup> Se for eksempel Nazarian (2007) s. 29

<sup>33</sup> Nazarian (2007) s. 29



## 4 Det prekontraktuelle utgangspunkt

### 4.1 Innledning

Vi har nå sett i hvilket tidsrom den prekontraktuelle lojalitetsplikt gjør seg gjeldende, og dermed også når partene er underlagt denne normeringen. Jeg vil nå gå over til å ta for meg selve innholdet av lojalitetsnormen. Som et første ledd i dette, er det etter min mening naturlig å begynne med en presisering av det prekontraktuelle utgangspunkt. Dette utgangspunktet vil utgjøre rammene for handlefrihetens grenser. Rammene vil imidlertid kunne gjøres videre eller smalere, alt etter de konkrete omstendigheter.

### 4.2 Handlefrihet

Utgangspunktet er at partene på det prekontraktuelle stadium nyter en stor grad av fritt handlingsrom. Dette må kunne sies å være en naturlig følge av det ovenfor beskrevne prinsippet om kontraktsfrihet.<sup>34</sup> Normeringene partene er underlagt innrømmer muligheten til å forfølge sin egeninteresse, også der dette går på andre aktørers bekostning. Utgangspunktet er også slått fast i Høyesterett, eksempelvis kan nevnes Rt. 2010 s. 1478. I en konflikt vedrørende et garasjebyggprosjekt var partene uenige om bindende avtale om prosjektet var kommet i stand. Retten fant at det ikke forelå tilstrekkelige holdepunkter til å konstatere binding, og førstvoterende uttalte i den anledning:

*”Jeg konkluderer etter dette med at bindende avtale om å utvikle og fullføre garasjeprosjektet ikke ble inngått. Den enkelte part måtte således ha rett til å trekke seg fra prosjektet.”*<sup>35</sup>

En vurdering av forhandlingssituasjonen synes også å tilsi et utgangspunkt der partene nyter et relativt vidt handlingsrom. Under forhandlinger vil det nødvendigvis hefte usikkerhet ved om avtale i det hele tatt vil bli sluttet. Det er jo nettopp dette partene forsøker å avklare. Hva slags kontraheringsvilje partene besitter, vil ofte avhenge av en rekke faktorer som først kanskje blir avdekket underveis og gjerne sent i forhandlingene. Eksempelvis kan nevnes fastleggelsen av kontraktens vilkår. Dette kan

---

<sup>34</sup> Hagstrøm (2004) s. 86

<sup>35</sup> Se Rt. 2010 s. 1478, avsnitt 26

ofte være en drakamp, og hvor langt en part er villig til å strekke seg vil gjerne ikke vise seg før rett i forkant av den eventuelle kontraheringen. Er ikke vilkårene akseptable, må partene fortsatt som utgangspunkt kunne trekke seg ut av forhandlingene, også der dette skjer på et langt fremskredent stadium.

De prekontraktuelle normeringer kan altså som utgangspunkt ikke sies å være strenge, og dette kan også forklares ut fra samfunnsøkonomiske perspektiver. Der konsekvensene av mislykkede forhandlinger oppleves som for store, vil dette kunne føre til nøling med å inngå ellers samfunnsøkonomisk gunstige kontrakter.<sup>36</sup> Fleksibiliteten partene besitter på forhandlingsstadiet kan også forsvares ut fra konkurransesynspunkter. Et av de sterkeste handlingsmotiverende verktøy som foreligger, er å gi aktører incitament. Der partene utsettes for konkurranse, vil denne fungere som et incitament til å yte bedre enn sine konkurrenter. Dette vil igjen lede til bedre tjenester og varer, og i tillegg riktig prisede varer og tjenester.

Friheten kan imidlertid ikke være total. Hva slags handlefrihet aktørene skal ha, vil være et vanskelig avveiningsspørsmål, og må vurderes opp mot de følger handlefriheten har, så vel positive som negative. Handlefriheten gir seg, som jeg har pekt på, utslag i flere ønskede virkninger, men også uønskede virkninger synes å hefte ved. Ved de prekontraktuelle forhold vil dette være de rene formuestap som gjerne er en følge. Vurderingstemaet vil i stor grad måtte knyttes opp mot i hvilken grad et rent formuestap utgjør et beskyttelsesverdig retts gode. Dette er ikke et spørsmål som enkelt kan besvares verken bekreftende eller avkreftende, men som må vurderes konkret ut i fra de gjeldende premisser, der partsforventningen vil være meget sentral. Det er altså ikke formuestapet som sådan som er gitt beskyttelse gjennom det prekontraktuelle ansvar, men snarere forventningen om samhandlingen. Og der forventningen har gitt seg utslag i tapsbringende disposisjoner, vil disse etter forholdene kunne erstattes der handlefrihetens grenser brytes.

---

<sup>36</sup> Slik også Simonsen (1997) s. 238

### 4.3 Den berettigede forventning

#### 4.3.1 Innledning

Når det prekontraktuelle ansvar gir partsforventningen beskyttelse, betyr selvfølgelig ikke dette at enhver forventning partene måtte ha under forhandlingene nyter godt av beskyttelsen. Det stilles således krav til forventningen.<sup>37</sup> Kravet adresseres ved at forventningen må være *berettiget*, og med det oppnå sin legitimitet. Hva som er berettiget, vil bero på en objektiv vurdering av de faktiske forhold. For eksempel vil en part som vurderer kontraheringsutsiktene til å være bedre enn hva en objektivt sett kan si, sitter med urealistiske forventninger som ikke er beskyttet.<sup>38</sup>

I den prekontraktuelle fasen kan det skilles mellom to typer av forventninger; primær- og sekundærforventninger.<sup>39</sup> Førstnevnte knytter an til kontraktsslutningen, og vil som utgangspunkt ikke være beskyttet av det prekontraktuelle ansvar.<sup>40</sup>

Sekundærforventningene knytter ikke an til resultatet, men heller til selve adferden under kontraheringsbestrebelsene, og utgjør den beskyttede rettsposisjon.<sup>41</sup> Partene vil, alt etter omstendighetene, ha en mer eller mindre sterk forventning om redelig behandling under forhandlingene, og brudd på denne forventningen vil altså kunne lede til erstatningsansvar. Til tross for at primærforventningen som utgangspunkt ikke er beskyttet, vil en allikevel kunne si at den nyter en indirekte beskyttelse. En velbegrunnet forventning om kontraktsslutning vil således influere på lojalitetskravet under forhandlingene og dermed etterlate mindre fritt spillerom for aktørene.<sup>42</sup> Lojalitetskravet skjerpes, med andre ord.

#### 4.3.2 Berettiget som følge av den annen parts adferd

En del av det å være i kontraktsforhandlinger, består av å tolke signaler som kommer fra motparten. Underveis i kontraheringsbestrebelsene vil begge parter bevisst og

---

<sup>37</sup> Simonsen (1997) s. 171

<sup>38</sup> Simonsen (1997) s. 172

<sup>39</sup> Simonsen (1997) s. 171-172

<sup>40</sup> Simonsen (1997) s. 171

<sup>41</sup> Simonsen (1997) s. 172

<sup>42</sup> Simonsen (1997) s. 177

ubevisst sende ut signaler om hvor de står i forhold til kontraheringsutsiktene. Det mest nærliggende vil kanskje være at partene ønsker å fremstå som mer lunkne enn hva de faktisk er og med det forsøke å få et slags psykologisk overtak. Tanken er så at dette skal resultere i bedre betingelser. Men, det er heller ikke vanskelig å tenke seg motsatte tilfeller. En part øyner for eksempel mulighet til å vinne en lukrativ kontrakt, og sender ut signaler som kanskje er i overkant av hvor langt han faktisk er villig til å strekke seg for å få avtalen i boks. Et annet klassisk tilfelle er der en aktør er i forhandlinger med en part, men for å sjekke hvor bra betingelsene faktisk er, tar han kontakt med andre aktører for å se hva de kan tilby. Dette til tross for at han aldri har hatt som hensikt å slutte avtale med noen av disse.

I slike tilfeller som beskrevet, vil den ene parten sitte med et feilaktig inntrykk av situasjonen som følge av de signaler som har blitt sendt ut av motparten. Har signalene blitt tolket på en objektivt sett aktsom måte, må en da kunne konstatere at det feilaktige inntrykket allikevel er berettiget. Parten befinner seg i villfarelse som følge av forhold på den andre partens side. En kan således si at lojalitetsplikten på mange måter er en villfarelsesregel.<sup>43</sup> Plikten til å handle basert på lojalitet til forhandlingspartneren utløses ved kunnskap om at denne befinner i villfarelse med tanke på situasjonens faktiske realitet.<sup>44</sup>

Som eksempel på et en part kan ha bidratt til å styrke den andres berettigede forventning kan nevnes Rt. 1981 s. 462 Malvik-dommen. Et boligbyggelag krevde Malvik kommune for sin negative kontraktsinteresse som følge av at kommunen ikke medvirket til å fremme den reguleringsplan som kunne realisere et aktuelt boligprosjekt. Boligbyggelaget mente kommunen gjennom uttalte positive holdninger til prosjektet hadde bidratt til å skape en berettiget forventning om at denne ville medvirke til å få reguleringsplanen gjennomført. Boligbyggelaget fikk under dissens ikke medhold (3-2), men både flertallet og mindretallet forutsatte at forventningen kunne nyte et

---

<sup>43</sup> Simonsen (1997) s. 173

<sup>44</sup> Simonsen (1997) s. 173

erstatningsrettslig vern, og vurderingen ble i begge leire knyttet opp mot kommunens adferd. Annenvoterende, som representerte mindretallet, uttalte i sin drøftelse:

*”Kommunen har imidlertid gjennom sin tidligere opptreden klart tilkjennegitt overfor UEH sitt ønske om at området utnyttet til boliger. Ut fra den berettigede forventning om positiv medvirkning fra kommunens side som boligbyggelaget på dette grunnlag har fått, har det ervervet området og satt i gang planleggingsarbeidet. Kommunens vedkommende må ha vært fullt klar over hva som har motivert laget til dette. De måtte også være fullt på det rene med at UEH hadde engasjert seg så sterkt at laget ville lide et betydelig tap om utbyggingen måtte skrinlegges. Når kommunen da ut fra en endret holdning til ønskeligheten av utbygging av arealet legger det utarbeidede forslag til reguleringsplan til side, må den etter min oppfatning erstatte laget de utgifter det forgjeves har påført seg.”<sup>45</sup>*

#### 4.3.3 Skadelidtes aktsomhetskrav

Vi har nå sett at en del av forventningsgrunnlaget må knyttes opp mot forhold på skadevolders side. Dette utgjør imidlertid bare en del av bildet, og skadelidte må naturlig nok bære en stor del av ansvaret for sine egne forventninger. Sagt med Peter Lødrups ord: *”Skadelidte befinner seg selvsagt ikke i et beskyttet vakuum; han må innrette seg etter omverdenen med dens skrøpeligheter og risikomomenter.”*<sup>46</sup>

I norsk erstatningsrett gjelder et alminnelig aktsomhetskrav. Dette gjelder, med få unntak, uavhengig av type erstatningskrav og type ansvarsgrunnlag dette springer ut av.<sup>47</sup> I vår sammenheng betyr det at det også stilles krav til skadelidtes adferd under kontraktsforhandlingene, og at forhold på hans side kan få betydning for skadevolders erstatningsplikt. I Rt. 1998 s. 761 Kina-Hansen dommen finner vi et illustrerende eksempel. Striden i saken sto mellom Kreditkassen og Bjørn Hansen, og om førstnevnte i et møte hadde bundet seg til fullfinansiering av Hansens Kina-prosjekt. Banken ga i det omtalte møtet uttrykk for positiv holdning til prosjektet, og uttalte således *”we shall*

---

<sup>45</sup> Rt. 1981 s. 462, se s. 476

<sup>46</sup> Se Lødrup (1999) s. 155

<sup>47</sup> Lødrup (1999) s. 361

*take Hansen to the goal*”. Retten fant allikevel ikke at det forelå tilstrekkelige holdepunkter til å konstatere binding, og førstvoterende uttalte i den retning følgende:

*”Etter mitt syn har bankens representanter ikke ment å binde seg i dette møtet, og hvis Hansen skulle ha oppfattet det slik, måtte det anses som uaktsomt av ham.”*

Vurderingstemaet blir hva aktsomhetskravet går ut på under det prekontraktuelle normregime. Utgangspunktet ved kontraktsforhandlinger er at hver av partene er nærmest til å ivareta sine egne interesser,<sup>48</sup> og at man selv bærer risikoen for sine egne forventninger.<sup>49</sup> Dette synes å tilsi et strengt aktsomhetskrav, og må kunne sies å være en naturlig følge av den prekontraktuelle situasjon som premissleverandør. Som jeg allerede har vært inne på, skiller formuesskadene ved de prekontraktuelle relasjoner seg fra de typiske integritetskrenkelsene ved at førstnevnte type skade som oftest vil inntreffe på et område der aktørene konkurrerer med hverandre, og der partens handlefrihet er egnet til å påføre hverandre formuesskade. Aktørene vil dermed ha en forventning om å kunne bli påført formuestap som følge av å være utsatt for konkurranse. Sentralt i markedsmekanismen er å gjøre sin egen fortjeneste større ved å ta fra sine konkurrenters. Et viktig spørsmål blir da; når skadelidte har kunnskap om risikobildet, vil det da nødvendigvis være erstatningspådragende for skadevolder å fremkalle den skadevoldende begivenhet?<sup>50</sup>

Vi står her ved selve kjernen i erstatningsretten; plassering av risiko. Forhold på skadelidtes side kan ha bidratt til å øke risikoen for det skadelige resultat, og når så er tilfelle må også deler av risikoen plasseres hos ham. Det er med andre ord ikke lenger like sikkert at skadevolder har beveget seg utenfor handlefrihetens grenser.<sup>51</sup>

Når det skal tas stilling til hva slags kunnskap en aktør bør forventes å ha, vil flere forhold på dennes side kunne spille inn. Eksempelvis kan nevnes partens egenskaper og

---

<sup>48</sup> Simonsen (1997) s. 173

<sup>49</sup> Slik også Hagstrøm (2004) s. 141

<sup>50</sup> Slik også Lødrup (1999) s. 155

<sup>51</sup> Om dette, se Lødrup (1999) s. 155

ressurser.<sup>52</sup> Det vil således kunne stilles strengere krav til den dyktige og ressurssterke, slik at det i et gitt tilfelle trengs sterkere holdepunkter før det kan sies at en forventning er berettiget. Når det gjelder kunnskapsnivået, er det nærliggende å trekke ytterligere et skille mellom profesjonelle og offentlige aktører og små private aktører. Offentlige og profesjonelle aktører vil som regel ha erfaring å trekke på samt kompetanse på feltet det som regel ikke kan forventes at en vil finne hos de typiske uerfarne private aktører, noe som vil kunne resultere i en forventning om at disse står bedre rustet til å vurdere en situasjon korrekt.

At forholdet knyttet til partene har betydning kommer også klart frem i Kina-Hansen dommen. Førstvoterende uttaler der følgende:

*”Ved vurderingen av om det er grunnlag for negativ kontraktsinteresse, har forholdet mellom partene betydning – både når det gjelder styrkeforholdet og i hvilken grad de kan bebreides. I vår sak er banken en utpreget profesjonell part, men også Hansen en erfaren mann i næringslivet som må vurdere risikoen i det han driver med.”*

Vi ser altså at partenes ”styrke” er relevant for aktsomhetskravet, at der en av partene er en profesjonell aktør vil det kunne stilles strengere krav til ham, men at dette kan stille seg på samme måte for en privatperson, der denne har erfaring som tilsier kunnskap om risikobildet.

En sentral side ved aktsomhetskravet utgjøres av undersøkelsesplikten, som igjen er et utslag av at hver av partene er best egnet til å ivareta sine egne interesser. Undersøkelsesplikten i et kontraktsforhold eller under kontraktsforhandlinger må ses i sammenheng med partenes opplysningsplikt. Det er en nær sammenheng mellom de to, men de dekker likevel ulike forhold, og utfyller med det hverandre. Mens opplysningsplikten gjelder forhold det ikke kan ventes at den annen part vil finne ut av på egen hånd, gjelder undersøkelsesplikten partenes plikt til å sette seg inn i relevant *tilgjengelig* informasjon.<sup>53</sup> Slik type informasjon er således ikke underlagt

---

<sup>52</sup> Nazarian (2007) s. 282

<sup>53</sup> Slik også Nazarian (2007) s. 211

opplysningsplikten.<sup>54</sup> Det må altså kunne forventes at partene aktivt innhenter nødvendig kunnskap, og den som forholder seg passiv gjør dette på eget ansvar, og er da heller ikke beskyttet når skade inntreffer som følge av mangelfulle undersøkelser. Så når det sies at en viktig del av den prekontraktuelle lojalitetsplikt er å ivareta den andre parts interesser, er plikten således relativ, og gjelder de tilfeller der det ikke kan forventes at den annen part kan gjøre dette på egenhånd.<sup>55</sup>

#### 4.4 Det illojale forhold

##### 4.4.1 Innledning

Vi har nå sett at aktørene under forhandlingene som utgangspunkt nyter en stor grad av frihet, men at forhandlingssituasjonen pålegger aktørene visse lojalitetsplikter. Partene vil således ha en forventning om at disse lojalitetspliktene overholdes, og der de ikke gjør det, vil det prekontraktuelle ansvar kunne gi forventningen beskyttelse, forutsatt at denne er berettiget. Vi har også sett at det først er når handlefrihetens grenser brytes at erstatningsansvar vil kunne bli aktuelt. Det neste spørsmål vi da må ta stilling til, er hva som skal til for at skadevolder handler utover de grensene som lojalitetsnormeringene trekker opp.

##### 4.4.2 Skyldkravet

Som det ble sagt i avsnitt 2.2, hører det prekontraktuelle ansvar inn under det generelle erstatningsrettslige culpaansvaret. Culparegelen omtales også som ansvar på subjektivt grunnlag eller ansvar etter skyldregelen,<sup>56</sup> og sentralt er altså kravet om skyld hos skadevolder. Etter tradisjonell lære i erstatningsretten kan skyld forekomme i tre forskjellige grader; uaktsomhet, grov uaktsomhet eller forsett.<sup>57</sup> Anvendt på de prekontraktuelle forhold blir spørsmålet; når har skadevolder gjort seg skyldig i å bryte handlefrihetens grenser?

---

<sup>54</sup> Hagstrøm (2004) s. 147

<sup>55</sup> Slik også Nazarian (2007) s. 275

<sup>56</sup> Lødrup (1999) s. 122

<sup>57</sup> Lødrup (1999) s. 122



Utgangspunktet om partenes handlefrihet, samt aktsomhetskravet partene er underlagt gir en viss veiledning. En part som hele veien under forhandlingene opptrer ryddig, redelig og ordentlig overfor den andre parten vil således som regel ikke risikere å pådra seg erstatningsansvar.<sup>58</sup> Ryddig, redelig og ordentlig er selvfølgelig ikke konstante begreper, men gir allikevel et betegnende bilde av ”sikker” prekontraktuell opptreden. Det reageres altså mot uønsket adferd, adferd som ofte må kunne karakteriseres som uredelig. Eller, siden vi ved de prekontraktsuelle forhold har å gjøre med en lojalitetsnorm, illojale forhold.<sup>59</sup> Dette fremgår også av Rt. 1998 s. 761 Kina-Hansen, der erstatning på grunnlag av prekontraktuelt ansvar var oppe til realitetsbehandling. Førstvoterende uttaler i sin drøftelse om vilkårene for å ilegge erstatningsansvar for den negative kontraktsinteresse følgende:

*”(...) utgangspunktet må være at det kreves en klanderverdig opptreden under kontraktsforhandlingene – illojalitet, uredelighet, forledelse eller liknende.”*

Når en handling stemples som culpøs, sies samtidig at skadevolder skulle handlet annerledes. Dette medfører at det må ha vært et handlingsalternativ innenfor handlefrihetens grenser som skadevolder heller skulle valgt, og som ikke ville forårsaket tap.<sup>60</sup> Videre er det et krav at det rettsutløsende faktum er synbart for skadevolder, her skadelidtes villfarelse angående de faktiske realiteter. Dersom det rettsutløsende faktum er skjult for skadevolder, foreligger heller ingen handleplikt, forutsatt at skadevolders villfarelse er unnskyldelig.<sup>61</sup> Som en følge av dette kan skadevolders uvitenhet om de faktiske forhold kan frita for ansvar. Det avgjørende i så måte blir om skadevolder hadde den kunnskap han *burde* hatt.<sup>62</sup>

#### 4.4.3 Forholdet til culpanormen

Culpanormen har blitt utviklet innen deliktsretten med integritetskrenkelsene for øye. Som jeg alt har vært inne på er det visse vesensforskjeller mellom de rene formuestap

---

<sup>58</sup> Slik også Lødrup (1999) s. 128

<sup>59</sup> Se for eksempel Hagstrøm (2004) s. 85 (kritikkverdige forhold).

<sup>60</sup> Slik også Simonsen (1997) s. 252

<sup>61</sup> Lødrup (1999) s. 145

<sup>62</sup> Lødrup (1999) s. 147

og integritetskrenkelsene, og det ble i lengre tid debattert i hvilken grad annet enn tap som følge av integritetskrenkelsene skulle kunne kreves erstattet innen deliktsretten.<sup>63</sup> I dag er det enighet om at også de rene formuestap nyter en erstatningsrettslig beskyttelse, blant annet gjennom den prekontraktuelle ansvarsform. Spørsmålet er imidlertid hvor mye det er å hente fra den alminnelige culpanormen når det skal tas stilling til erstatningsspørsmålet i en tvist der det kreves erstatning for et rent formuestap. Klart nok er det at også det prekontraktuelle erstatningsansvar baserer seg på skyldregelen, jf overfor, men utover dette vil forskjellene mellom de to skadesituasjoner kanskje tilsi en annen innfalsvinkel ved de rene formuestap.

I sin tradisjonelle form rammer culpaansvaret den som gjennom uaktsomhet eller uforsvarlighet forårsaker skade.<sup>64</sup> Vurderingen vil således i stor grad knytte seg opp mot skadevolder og dennes handlinger, og spørsmålet blir om disse er foretatt med den nødvendige aktsomhet eller ikke. Rettsanvenderen må altså søke seg frem til den erstatningsbetingende skyld, og det er nettopp dette som begrunner ansvaret; at skadevolder som følge av uforsvarlig opptreden har gjort skyldig i skade på et beskyttet retts gode. Hans handlinger har avveket fra forsvarlige handlemåte.

Ved de prekontraktuelle forhold vil handlingene partene foretar seg gjerne være foretatt med viten og vilje om de konsekvenser handlingene måtte medføre. Dette betyr at spørsmålet om det foreligger skyld sjeldent vil bli aktuelt, for det vil det i regelen gjøre. Det avgjørende blir da i stedet om handlefrihetens grenser er brutt.<sup>65</sup> Handlefrihetens grenser blir trukket opp av de forventningene partene måtte ha som følge av den prekontraktuelle situasjon og deres adferd ellers, og der disse er berettigede, er det således avvikene fra forventningen som utgjør det erstatningsbetingende forhold. Det er disse forhold som danner grunnlaget for vurderingen av skadevolders erstatningsplikt. Skyld er en forutsetning for ansvar, men vurderingen av *om* det foreligger skyld kommer således helt i bakgrunn.

---

<sup>63</sup> Simonsen (1997) s. 11

<sup>64</sup> Lødrup (1999) s. 122

<sup>65</sup> Lødrup (1999) s. 54

#### 4.5 Den prekontraktuelle lojalitetsplikt – uttrykk for en minstestandard

Begrepet ”lojal” er noe de aller fleste har kjennskap til, og mange vil også ha en formening om hva det faktisk vil si å være lojal. Ord som går igjen i ulike definisjoner er ”trofast”, ”til å stole på” og ”lovlydig”.<sup>66</sup> Går man litt videre inn i lojalitetsbegrepet vil man nok kunne enes om at begrepet ikke har noe konstant innhold, men et innhold som vil kunne variere alt etter hvilket livsområde man beveger seg på. Begrepet er altså noe som vil kunne relatere seg til så mangt, det være seg innad i familien, til arbeidsgiveren, til partiet, til fedrelandet osv. I en oppgave som dette der det er den prekontraktuelle lojalitetsplikt som ligger under lupen, blir det med det nødvendig å skille mellom de rent mellommenneskelige lojalitetsplikter og den rettslige lojalitetsplikten som kan håndheves av domstolene.<sup>67</sup> Med det sagt er det ikke slikt at vi her snakker om vidt forskjellige ting. Faktorer vi ser i de rent mellommenneskelige lojalitetsplikter både kan og vil vi finne igjen i en rettslig lojalitetsplikt.

Videre er det heller ikke slik at det er snakk om kun én rettslig lojalitetsplikt. En vil således se ulike varianter av lojalitetsplikter som kan håndheves av domstolene, der den prekontraktuelle er en av disse, og for eksempel den kontraktuelle lojalitetsplikt en annen. Rammene er her ulike, noe som vil påvirke innholdet av lojalitetsplikten i de ulike konkrete tilfeller på de respektive områder.

Ofte vil sammenfallende interesser resultere i et lojalt handlingsmønster mellom parter. Ønsket om å oppnå det samme vil da fungere som handlingsmotivasjon, ikke nødvendigvis det å være lojal som sådan.<sup>68</sup> I en prekontraktuell fase vil man naturlig nok som regel se innfall av sammenfallende interesser. Parter som forhandler gjør jo dette nettopp med den intensjon (som regel) at avtale skal slutes, og dette utgjør da deres felles mål. En prekontraktuell fase bærer imidlertid også i seg store innslag av *ikke* sammenfallende interesser. For eksempel vil hver av partene som regel gjøre sitt for at deres fortjenestelement blir så stort som mulig, da gjerne på bekostning av den andre. Dette ser man ganske klart ved forhandlinger om pris, kvalitet, lengde på

---

<sup>66</sup> Se for eksempel Caplex (2001) s. 652

<sup>67</sup> Slik også Nazarian (2007) s. 42

<sup>68</sup> Nazarian (2007) s. 44

arbeidstid og lignende. I slike tilfeller der partene ikke har sammenfallende interesser mangler den handlingsmotivasjonen som er beskrevet overfor, og et lojalt handlingsmønster er ikke lenger noe som ”kommer av seg selv”. Lojalitetsplikten settes med det på prøve.<sup>69</sup>

Om den prekontraktuelle lojalitetsplikt blir det sagt at denne gir uttrykk for en minstestandard.<sup>70</sup> Det blir da nødvendig å ta stilling til hva som ligger i dette å være en minstestandard. En viss rettledning ligger naturlig nok i selve begrepet. Det er her snakk om minimumskrav til lojal opptreden. Det vi kan utlede av dette er at den rettslige lojalitetsplikten ikke nødvendigvis samsvarer med det som følger av den alminnelige mellommenneskelige lojalitetsplikten. Sistnevnte vil som regel favne videre. Etter Simonsen ”Prekontraktuell ansvar” er det de ” (...) *klart uakseptable handlemåter*” som rammes av lojalitetsplikten.<sup>71</sup> En adferd vil ofte kunne karakteriseres som illojal før den nødvendigvis kvalifiserer til å bære betegnelsen ”klart uakseptabel”. En vil således kunne se tilfeller av prekontraktuell adferd der menigmann vil si at vedkommende burde handlet annerledes, men der adferden rettslig sett ikke kvalifiserer til illojalitet.<sup>72</sup>

#### 4.6 Oppsummering

Etter det som er sagt i kapittel 4, ser vi at de prekontraktuelle normer åpner opp for en forhandlingsfase der partene innrømmes en stor grad av frihet. Det er i norsk rett betydelig rom for å påføre hverandre ren økonomisk skade for å forfølge sin egeninteresse,<sup>73</sup> men det prekontraktuelle ansvar oppstiller visse begrensninger i denne retten. Forhandlingssituasjonen kan således gi partene en berettiget forventning om en spesiell adferd, og avvik fra denne berettigede forventning kan resultere i erstatningsansvar. For at en forventning skal kunne være berettiget er det imidlertid avgjørende at partene tilfredsstiller det situasjonen krever av dem hva gjelder aktsomhet og undersøkelser. Ved vurderingen av når skadevolders adferd avviker fra den

---

<sup>69</sup> Slik også Nazarian (2007) s. 44

<sup>70</sup> Simonsen (1997) s. 7, Rt. 2010 s. 1478, avsnitt 31

<sup>71</sup> Se Simonsen (1997) s. 239

<sup>72</sup> Slik også Nazarian (2007) s. 46

<sup>73</sup> Lødrup (1999) s. 161

berettigede forventning, vil ikke den tradisjonelle culpavurderingen om den erstatningsbetingende uaktsomhet gi like mye, vurderingen vil heller bero på hvor grensene for handlefriheten i det konkrete tilfelle går.

## **5 Forventningsfundamentet**

### **5.1 Innledning**

Som vi nå har sett, er det den berettigede forventning som er gitt beskyttelse gjennom det prekontraktuelle ansvar, og at beskyttelsen i all hovedsak refererer seg til sekundærforventningene. Den berettigede forventning utgjør i så måte rammeverket rundt forventningen. Jeg vil i dette kapitlet gå over til å redegjøre for selve forventningsfundamentet, altså hva forventningen utgjøres av. Styrken av fundamentet vil bero på en rekke situasjonsspesifikke faktorer, eksempler på slike skal jeg ta for meg i neste kapittel.

Forventningsfundamentet kan fremstillingsmessig deles opp i ulike delforventninger, slik det her vil bli gjort. Delforventningene som drøftes vil på ingen måte være de eneste som kan gjøre seg gjeldende i en forhandlingssituasjon, men vil ofte være gjengangere på det prekontraktuelle stadium. Det kan således tenkes andre forventninger, men de som her skal nevnes vil nok typisk kunne gå igjen i det store flertall av prekontraktuelle relasjoner. Forventningene vil hvile på normeringer det er forutsatt at partene vil følge. Jeg kommer til å redegjøre for normeringer som må antas å være generelt gjeldende innen deliktsretten, og normeringer som må antas å gjelde mer individuelt for den prekontraktuelle situasjon.

### **5.2 De generelle normer**

#### **5.2.1 Innledning**

Som det ble vist i kapittel to, hører det prekontraktuelle ansvar hjemme i deliktsretten. Dette betyr at deliktsretten utgjøres av skadesituasjoner som på mange måter skiller seg

ganske markant fra hverandre. Allikevel må det kunne sies at visse normeringer som gjelder i de ulike skadesituasjoner, er av mer generell gyldighet innen deliktsretten. For eksempel vil mennesker og aktører ha en forventning om ikke å bli aktivt påført skade som følge av illegitim adferd. Normregimet rammer de skadevoldende handlinger, og vil ved de prekontraktuelle relasjoner resultere i to typer pliktkategorier:<sup>74</sup>

- Pålitelighetskravet
- Taushetsplikt

### 5.2.2 Pålitelighetskravet

Partene er under kontraktsforhandlingene underlagt et pålitelighetskrav. Informasjon av opplysende karakter kreves etter dette å være korrekt, og gis det uriktig informasjon, foreligger et sikkert ansvarsgrunnlag, forutsatt at skadevolder har handlet med den nødvendige skyld.<sup>75</sup> Dette kan for eksempel være opplysninger om egen virksomhet, egen økonomi, fremtidsutsikter for virksomheten og lignende. Denne type informasjon vil være med på å danne grunnlaget for de videre beslutninger aktørene treffer, og dermed være av særdeles viktig karakter. Pålitelighetskravet medfører at beslutningsgrunnlaget utgjøres av sannferdig informasjon. Som jeg allerede har vært inne på, er det ved de frie markeder helt avgjørende at aktørene er underlagt et pålitelighetskrav. Uten dette ville partene måtte sannhetskontrollert all mottatt informasjon, noe som igjen ville resultert i en dårlig utnyttelse av ressursene da dette både ville vært tidkrevende og kostbart. Samfunnsøkonomisk ville det gitt uheldige utslag, og kunne ha virket direkte kontraktsmotvirkende.

Pålitelighetskravet partene er underlagt må imidlertid ikke trekkes for langt. Meningen bak den rettslige pålitelighetsnorm er ikke å ta vekk det forhandlingsspillet som drives mellom partene der informasjon til en viss grad manipuleres for å påvirke motpartens standpunkt. Dette er adferd som synes å ligge innenfor handlefrihetens grenser, og er

---

<sup>74</sup> Etter Simonsen (1997) s. 178

<sup>75</sup> Simonsen (1997) s. 181

dermed også tillatt.<sup>76</sup> I hvilken grad informasjonen ble manipulert er videre noe som gjerne vil vise seg etter hvert som selve kontraktssamarbeidet tar form. Dersom en part har ”tatt for hardt i” under forhandlingene, vil dette kunne resultere i forsuret samarbeidsklime under gjennomføringen av kontrakten, samt omdømmetap for den som har et lemfeldig forhold til informasjonsutveksling.<sup>77</sup> Forhold som disse vil nok ved siden av den rettslige lojalitetsnormen bidra til at partene holder seg innenfor handlefrihetens grenser. Innenfor disse grenser må allikevel fortsatt kunne sies at man har å gjøre med et relativt sannhetsbegrep.<sup>78</sup>

Et vilkår for ansvar basert på uriktig informasjonsutveksling, vil være at informasjonen ikke fremstår som usikker.<sup>79</sup> Bærer den preg av å være antagelser eller spådommer om fremtiden, vil den som hovedregel ikke kvalifisere til å skape berettigede forventninger hos motparten. Den som innretter seg etter denne type informasjon, gjør med andre ord dette på eget ansvar. Unntak kan allikevel tenkes der det, til tross for at informasjonen som utveksles er vag, etter en objektiv vurdering vil fremstå som illojalt å formidle den. Den vil for eksempel være godt egnet til å virke villedende for mottakeren.<sup>80</sup>

Til slutt møter vi på det tradisjonelle kravet om årsakssammenheng fra den alminnelige erstatningsretten.<sup>81</sup> Anvendt på vårt tilfelle betyr det at utvekslingen av den uriktige informasjon må ha resultert i skade, og således ha virket motiverende for skadelidte slik at denne foretok tapsbringende disposisjoner.<sup>82</sup>

### 5.2.3 Taushetsplikt

Vi ser altså at informasjonsutveksling er en viktig del av det å være i kontraktsforhandlinger. Som oftest vil nok muligheten for kontrahering hvile på en forutsetning om at partene utveksler relevant informasjon de sitter inne med. Baksiden

---

<sup>76</sup> Simonsen (1997) s. 216

<sup>77</sup> Simonsen (1997) s. 217

<sup>78</sup> Se Simonsen (1997) s. 182

<sup>79</sup> Simonsen (1997) s. 183

<sup>80</sup> Simonsen (1997) s. 183

<sup>81</sup> Lødrup (1999) s. 291

<sup>82</sup> Simonsen (1997) s. 183

av dette vil imidlertid være at det kan bli utvekslet informasjon om egen virksomhet partene egentlig ønsker å holde for seg selv. Vinnes kontrakten, vil som oftest fordelene ved dette veie opp for ulempen, og dersom kontrakten ikke vinnes, vil aktørene etter omstendighetene ha en berettiget forventning om at informasjonen behandles på en forsvarlig måte av motparten.

Informasjon som blir utvekslet kan ut i fra dette perspektiv grovt sett deles inn i to kategorier; informasjon som kan ha uheldige virkninger for eget renommé dersom den spres (arbeidsforhold og lignende), og informasjon knyttet til egen konkurranseevne (ulike former for bedriftshemmeligheter; strategier for videre vekst, utvikling av produkter, erobring av nye markeder eller lignende).<sup>83</sup> Etter hvert som Norge, i likhet med flere andre vestlige land, har utviklet seg fra jordbrukssamfunn, til industrisamfunn og videre til et kunnskapsbasert samfunn, har kunnskap blitt en av de viktigste ressurser aktører kan besitte.<sup>84</sup> Dette reiser det viktige spørsmålet om hvordan denne type informasjon skal håndteres i møte med andre aktører, og hvordan partene skal være sikret mot at informasjonen misbrukes av andre. Med andre ord hvilket informasjonsvern som tilbys aktørene.

Som regel vil skadevolder ha fått tak i informasjonen på lovlig vis. Det uredelige ligger således ikke i å motta informasjon under forhandlinger, som jo ofte er en nødvendighet, men snarere hvordan denne nyvunne kunnskapen benyttes. Det kan selvfølgelig tenkes tilfeller der det å motta informasjonen også må anses som uredelig. Som eksempel kan nevnes de situasjoner der skadevolder iscenesetter forhandlinger med det mål for øye å lure informasjon ut av skadelidte, såkalt bedriftsspionasje. Slike forhold rammes av strl. § 405 a).<sup>85</sup> De praktisk viktigste tilfeller utgjøres imidlertid av de situasjoner der selve informasjonsutvekslingen foregår som et hensiktsmessig ledd i forhandlingene, men der rettsstridig adferd knytter seg til den videre håndteringen av informasjonen.

---

<sup>83</sup> Om ulike typer bedriftshemmeligheter, se Irgens-Jensen (2010) s. 52

<sup>84</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 14

<sup>85</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 21



Taushetsplikt er en rekke steder positivt regulert i lovverket. Spørsmålet er imidlertid om disse bestemmelser kan tilby et sterkere vern enn det som allerede følger av den alminnelige lojalitetsplikten partene er underlagt. De mest relevante bestemmelser for den prekontraktuelle situasjon, utgjøres av markedsføringsloven §§ 25, 28 og 29.<sup>86</sup> Jeg vil begynne med å ta for meg de to sistnevnte. At den prekontraktuelle situasjon omfattes av bestemmelsene følger av en tolkning av ”foretningsforhold”, som er et av flere alternativer bestemmelsene gjelder for.<sup>87</sup> For at bestemmelsene skal kunne få anvendelse, gjelder krav til informasjonens art. For § 28 sin del, må det foreligge en ”bedriftshemmelighet”, mens det for § 29 må gjelde tekniske hjelpemidler; ”(...) *tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller eller lignende tekniske hjelpemidler* (...)”<sup>88</sup> Videre må informasjonen være *betrodd* for at § 29 skal få anvendelse, i motsetning til § 28 som ikke setter opp et slikt vilkår. Felles for de begge er den rettstridige utnyttelsen.<sup>89</sup>

Både markedsføringsloven §§ 28 og 29 er bestemmelser som etterlater rom for skjønn.<sup>90</sup> Det kan likevel tenkes tilfeller vedrørende den prekontraktuelle informasjonsutveksling som ikke fanges opp av disse bestemmelser. Eksempelvis kan nevnes opplysninger som hverken kvalifiserer til bedriftshemmeligheter eller tekniske opplysninger, men som likevel utgjør sensitive opplysninger om vedkommende bedrift. Tilfeller der slik type informasjon misbrukes, kan tenkes fanget opp av generalklausulen i markedsføringsloven § 25, som forbyr aktører handlinger som ”(...) *strider mot god foretningsskikk* (...)”<sup>91</sup> For en videre drøftelse av forholdet mellom markedsføringsloven § 25 og §§ 28 og 29, viser jeg til Harald Irgens-Jensens ”*Bedriftens hemmelighet – og rettighet?*”, der problemstillingen blir tatt opp.<sup>92</sup> Om den prekontraktuelle lojalitetsplikt pålegger partene ytterligere begrensninger utover de som

---

<sup>86</sup> Markedsføringsloven av 9. januar 2009

<sup>87</sup> Se mfl. §§ 28 og 29 samt Irgens-Jensen (2010) s. 56

<sup>88</sup> Se markedsføringsloven § 29

<sup>89</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 79

<sup>90</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 84

<sup>91</sup> Se markedsføringsloven § 25

<sup>92</sup> Se s. 82 ff

følger av de overfor nevnte bestemmelser synes derfor i størst grad og måtte vurderes opp mot generalklausulen i markedsføringsloven § 25.

I likhet med lojalitetsplikten, er også § 25 en dynamisk standard. Angivelsen av ”*god forretningsskikk*” innebærer en standard som vil kunne endre seg i innhold alt etter hvilke bransje man er innenfor,<sup>93</sup> og etter hvert som samfunnsforhold ellers tilsier en endring over tid. I mange tilfeller vil det derfor etter min mening være naturlig å se på generalklausulen i § 25 og den alminnelige lojalitetsplikt som samvirkende, der lojalitetsplikten vil fungere som en viktig tolkningsfaktor når det skal bedømmes om en aktørs adferd har vært i henhold til ”*god forhandlingsskikk*”.

På den annen side er ikke meningen bak § 25 at den skal fange opp en rekke tilfeller som ikke faller inn under §§ 28 og 29.<sup>94</sup> Ved siden av disse bestemmelser, er § 25 en bestemmelse som bør brukes med varsomhet.<sup>95</sup> Det kan derfor tenkes tilfeller under forhandlingene der det må antas at den alminnelige lojalitetsplikten rekker videre. Situasjonen som sådan kan ha gitt partene en berettiget forventning som ikke nødvendigvis beskyttes av § 25, slik at det er den alminnelige lojalitetsplikten som fungerer som den største begrensning på partenes handlefrihet. Etter dette kan det være nærliggende å skille mellom to situasjoner; mens forhandlingene består og etter at forhandlingene har brutt sammen. I den førstnevnte situasjon kan det tenkes at lojalitetsplikten tilbyr et sterkere vern, men der forhandlingene som følge av naturlige årsaker har brutt sammen, er det tvilsomt om den alminnelige lojalitetsplikt skal kunne gi et sterkere informasjonsvern enn det som følger av markedsføringsloven.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 83

<sup>94</sup> Om dette, se Irgens-Jensen (2010) s. 85

<sup>95</sup> Se for eksempel Rt. 1995 s. 1908

<sup>96</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 107

## 5.3 De individuelle prekontraktuelle normer

### 5.3.1 Innledning

Ved siden av de generelle normer som gjelder innen deliktsretten, vil det gjerne ha utviklet seg individuelt gjeldende normeringer ved de ulike beskyttede rettsgoder, avhengig av hva slags type situasjon som legger premissene. Ved de prekontraktuelle forhold legges disse premisser av det faktum at partene forhandler med hverandre med det felles siktemål at kontrakt skal inngås.<sup>97</sup> Dette vil etter forholdene være egnet til å gi partene forventninger om visse typer lojal adferd under forhandlingene, og dermed resultere i spesifikke prekontraktuelle normeringer.

De rent prekontraktuelle normeringer resulterer, i likhet med de generelt gjeldende normeringer, i ulike pliktkategorier for partene, tre som sådan:<sup>98</sup>

- Opplysningsplikt
- Krav om lojal medvirkning
- Saklighetskrav

Pliktene har både en preventiv, så vel som en motiverende funksjon.<sup>99</sup>

Opplysningsplikten medfører at partene skal orientere hverandre om kontraheringsmulighetene, slik at de kan innrette seg deretter. Der for eksempel kontraheringsmulighetene går tapt eller forringes underveis i forhandlingene, vil dette kunne ut i en plikt til å informere motparten dersom denne ikke er klar over det inntrufne, slik at denne ikke lider unødige tap ved fortsatt å investere ressurser i forsøket, eventuelt revurdere om han fortsatt er villig til å gjøre det der mulighetene kun er redusert og dermed også gjøre det på eget ansvar. Opplysningsplikten utgjør således det *preventive* element.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> Simonsen (1997) s. 178

<sup>98</sup> Etter Simonsen (1997) s. 179

<sup>99</sup> Simonsen (1997) s. 179

<sup>100</sup> Simonsen (1997) s. 179

Formålet med å gå inn i kontraktforhandlinger, er naturlig nok at avtale skal sluttes. De to resterende kravene, medvirkningskravet og saklighetskravet, har således som formål å virke *motiverende* for at dette målet skal realiseres.<sup>101</sup> Lojalitetshensyn tilsier at partene er underlagt plikt til å medvirke under forhandlingene, og stiller med det krav til hvordan kontraheringsbestrebelsene behandles internt hos aktørene. Saklighetskravet er det som må kunne kalles et avbruddskriterium, og oppretter beskyttelse for partene ved at det stilles krav til at kontraheringsbrudd er saklig motivert.<sup>102</sup> De tre spesifikke prekontraktuelle pliktkategoriene skal behandles nærmere straks under.

### 5.3.2 Opplysningsplikten

#### 5.3.2.1 Innledning

Vi har allerede sett at det å være i kontraktsforhandlinger medfører bruk av ressurser for partene. Aktørene investerer således både tid og penger for at målet om bindende kontrakt skal nås, og investeringen fortas på det grunnlag at det foreligger en *reell* mulighet for at avtale vil bli sluttet.<sup>103</sup> Partene må således i større eller mindre grad ha en intensjon om og vilje til å nå dette felles mål. Faller intensjonen bort, eller reduseres betraktelig, vil det kunne utløse opplysningsplikt for den part som rammes av intensjonssvikten.<sup>104</sup> Plikten utløses ved kunnskap om at motparten befinner seg i uvitenhet om det inntrufne.<sup>105</sup> Opplysningsplikten er således en plikt til å holde motparten orientert om kontraherings*muligheten*, og eventuelt korrigere denne når det ikke er samsvar mellom forventning og virkelighet, jf også overfor om at lojalitetsplikten på mange måter er en villfarelsesregel.

I hvilke tilfeller det vil foreligge en opplysningsplikt, kan kun besvares etter en vurdering av det konkrete tilfelle en står overfor. Jeg skal allikevel nevne enkelte momenter som kan trekke i retning av opplysningsplikt for aktørene.

---

<sup>101</sup> Simonsen (1997) s. 179

<sup>102</sup> Om dette, se Simonsen (1997) s. 179

<sup>103</sup> Simonsen (1997) s. 192

<sup>104</sup> Farnsworth (1987) s. 234

<sup>105</sup> Simonsen (1997) s. 192

Opplysningsplikten er et utslag av lojalitetshensyn mellom partene. Utgangspunktet må derfor være at en av partene har særlig innsikt i et risikomoment, og at det vil utgjøre et illojalt forhold ikke å varsle motparten om dette, jf også overfor om kravet om det illojale forhold, avsnitt 4.4. Jeg skal i det videre skille mellom interne og eksterne forhold som kan det kan hefte en opplysningsplikt ved.<sup>106</sup>

#### 5.3.2.2 Interne forhold

Som allerede påpekt er partsviljen under forhandlinger en forutsetning for at bindende kontrakt i det hele tatt skal kunne bli en realitet. Opplysningsplikten medfører at partene ikke skal forlede hverandre til å tro at kontraheringsutsiktene er bedre enn hva de faktisk er.<sup>107</sup> To tilfeller kan tenkes; en part innleder forhandlinger uten noen gang å ha hatt seriøse intensjoner om å slutte avtale, eller kontraheringsviljen tapes underveis i forsøket. Ved det førstnevnte tilfelle vil det illojale forhold foreligge fra starten av, og opplysningsplikten er krenket allerede ved innledningen av forhandlingene. Der kontraheringsviljen forsvinner underveis, vil det illojale forhold bestå av at parten fortsetter å forhandle til tross for at viljen til å slutte kontrakt ikke lenger er til stede.<sup>108</sup>

Å si at kontraheringsvilje er noe aktørene enten har eller ikke har, vil være lite nyansert. Den vil således kunne forekomme i alle forskjellige styrker, og styrken vil også kunne variere fra tid til annen underveis i kontraheringsbestrebelsene. Opplysningsplikten er ikke forbeholdt de tilfeller der kontraheringsviljen er gått fullstendig tapt, og medfører at en part som opplever at kontraheringsviljen vesentlig forringes underveis, og dermed reduserer kontraheringssannsynligheten, skal varsle motparten om dette.<sup>109</sup>

#### 5.3.2.3 Eksterne forhold

Når aktører befinner seg i kontraktsforhandlinger, er dette på ingen måte en totalt skjermet situasjon. En rekke ytre begivenheter vil i større eller mindre grad spille inn,

---

<sup>106</sup> Etter modell fra Simonsen (1997) s. 195 ff

<sup>107</sup> Farnsworth (1987) s.233

<sup>108</sup> Farnsworth (1987) s. 234

<sup>109</sup> Simonsen (1997) s. 192

og med det prege partenes manøvreringer under forhandlingene og dermed også kunne spille inn på kontraheringsmulighetene. Etter omstendighetene vil slike eksterne forhold kunne lede til en opplysningsplikt for partene. I vurderingen kan det være praktisk å skille mellom det alminnelige risikobildet og faktorer som vil kunne utgjøre særlige risikomomenter.<sup>110</sup>

**Det alminnelige risikobildet** må ses i sammenheng med det generelle aktsomhetskravet og undersøkelsesplikten partene er underlagt. Det forventes således at partene besitter kunnskap om det generelle risikobildet der de selv er aktører.<sup>111</sup> Slik type kunnskap vil basere seg på informasjon som i utgangspunktet er synbar for alle og dermed også tilgjengelig. Sviktende kunnskap på dette området vil således kunne ha den innvirkning at partenes forventninger ikke lenger er berettigede. Dette betyr at den part som for eksempel gjennom lang erfaring eller nitidige og grundige markedsanalyser besitter ferdigheter som gjør ham i stand til å slutte fordelaktige avtaler, trygt kan anvende sin kunnskap uten å måtte dele denne med sine kontraktsmotparter. Det er således ikke uredelig å være dyktig.<sup>112</sup>

Et annet eksempel som er særlig aktuelt ved de prekontraktuelle relasjoner gjelder parallelle forhandlinger. Spørsmålet er om den part som forhandler parallelt uten å varsle motparten beveger seg utenfor handlefrihetens rammer, eller om dette skal være å anse som del av det alminnelige risikobildet. Parallelle forhandlinger har etter hvert blitt så vanlig, og synes i tillegg å være en så viktig del av konkurransens vesen, at det som utgangspunkt må sies å være del av det alminnelige risikobildet.<sup>113</sup> Her vil det imidlertid kunne forekomme bransjeforskjeller, slik at det kan tenkes områder der partene vil ha en berettiget forventning om eksklusive forhandlinger.<sup>114</sup> Videre vil omstendigheter ved det konkrete kontraheringsforsøket kunne tilsi en varslingsplikt, uavhengig av hvilken bransje aktørene befinner seg i. Eksempelvis kan mye tale for at parter som forhandler på et langt fremskredent stadium ikke står fritt til å innlate seg i

---

<sup>110</sup> Etter modell fra Simonsen (1997) s. 199 ff

<sup>111</sup> Simonsen (1997) s. 199

<sup>112</sup> Simonsen (1997) s. 200

<sup>113</sup> Farnsworth (1987) s. 279 1987, Simonsen (1997) s. 222

<sup>114</sup> Simonsen (1997) s. 223

forhandlinger med tredjemenn uten varsel til motparten.<sup>115</sup> Det naturlige utgangspunktet må likevel bli det motsatte, slik at det vil kreves særlige holdepunkter for at en varslingsplikt vedrørende parallelle forhandlinger skal foreligge. Dette bekreftes også etter min mening av at eksklusive forhandlinger normalt avtales i prekontraktuelle avtaler.<sup>116</sup>

**Særlige risikomomenter** er ikke en naturlig del av det alminnelige risikobildet, men er snarere ekstraordinære faktorer som vil kunne utgjøre en ekstra trussel mot kontraheringsbestrebelsene. Risikomomentene vil således være direkte knyttet opp mot det konkrete kontraheringsforsøket. Der forhandlinger bryter sammen som følge av forhold som hører til det *alminnelige risikobildet* som regel vil medføre at partene selv må bære sine egne kostnader, vil sammenbrutte forhandlinger som følge av unnlatt varslingsplikt vedrørende *særpregede faremomenter* kunne resultere i ansvar for den som unnlater å varsle. Det vil altså etter forholdene kunne hefte en opplysningsplikt til slike momenter, under forutsetning om at forholdet er skjult for den annen part, eller at hans risikoinnsikt om det særlige moment er betydelig mindre enn den andres.<sup>117</sup>

Skadevolder kan altså måtte svare for det særlige risikomoment ved brutt opplysningsplikt, men vil som hovedregel ikke måtte bære konsekvensene av forhold knyttet til det alminnelige risikobildet.<sup>118</sup> Grensedragningen mellom det alminnelige og det særlige risikobildet ved erstatningsspørsmål finnes det eksempler på fra rettspraksis.<sup>119</sup>

For å nevne et eksempel på et særlig risikomoment, kan vi tenke oss en aktør A som ligger i forhandlinger med B om en utleiekontrakt i et fremtidig byggekompleks A skal oppføre og også eie. For at han skal kunne prestere kontraktsmessig er han imidlertid avhengig av å vinne frem i en anbudskonkurranse med tredjepart C, som er hjemmelshaver på tomten der byggekomplekset skal oppføres. Under forhandlingene med B gir A uttrykk for at alt er klart til byggestart, dette til tross for at A fortsatt ikke har vunnet frem i forhold til andre byggherrer som også er interessert i tomten. Det

---

<sup>115</sup> Simonsen (1997) s. 225

<sup>116</sup> Farnsworth (1987) s. 279

<sup>117</sup> Simonsen (1997) s. 201

<sup>118</sup> Se Lødrup (1999) s. 260

<sup>119</sup> Se for eksempel Rt. 2001 s. 1646

hefter således et særlig risikomoment til rettsforholdet mellom A og B, et risikomoment B heller ikke har noen forutsetninger for å oppdage på egen hånd. Det vil således utgjøre et illojalt forhold ikke å opplyse B om den suspensive betingelse som må inntreffe for at kontrahering mellom A og B skal kunne bli en realitet.<sup>120</sup>

### 5.3.3 Kravet om lojal medvirkning

Sentralt i medvirkningsplikten er at kontraheringsforsøket skal bli gitt en reell sjanse av de involverte parter.<sup>121</sup> Skal målet om kontraktsslutning kunne nås, krever det at partene yter en eller annen form for innsats underveis, og det er dette som søkes sikret gjennom medvirkningsplikten. Det stilles med det krav til partenes adferd på veien mot målet, og plikten utgjør således et formålsrealiserende element. Ofte ser man at partene har kontraktsfestet medvirkningsplikten gjennom prekontraktuelle avtaler, men også der dette ikke er gjort vil en kunne statuere en slik plikt basert på alminnelige lojalitetshensyn.<sup>122</sup> Partene vil dermed etter omstendighetene kunne ha en berettiget forventning om at kontraherings*muligheten* ivaretas gjennom aktiv medvirkning fra motparten. Hva som nærmere ligger i medvirkningskravet vil måtte vurderes ut i fra de rådende forhold under forhandlingene, men det skal likevel pekes på visse særtrekk ved plikten straks under.

Hvordan medvirkningsplikten etterleves av partene, vil i stor grad bero på interne forhold. Hva slags rutiner aktørene har for behandling av for eksempel utspill som mottas, og hvilke interne prosesser som igangsettes som følge av kontraktsforhandlinger, er eksempler på momenter som vil spille inn på vurderingen. Partene vil således ha en berettiget forventning om at pristilbud, tegninger, forslag og lignende som oversendes blir seriøst vurdert av motparten. Dette ligger som en forutsetning for i det hele tatt å innlate seg på forhandlinger. Den som blankt avviser alle utspill fra motparten, vil etter forholdene kunne utvise en dårlig forhandlingsskikk, som sammen med andre momenter kan trekke i retning av neglisjering av medvirkningsplikten.<sup>123</sup> For særlig profesjonelle parter kan det endog tenkes at det

---

<sup>120</sup> For suspensive og resolute betingelser, se Simonsen (1997) s. 201

<sup>121</sup> Simonsen (1997) s. 207

<sup>122</sup> Simonsen (1997) s. 207

<sup>123</sup> Farnsworth (1987) s. 275



stilles særlige krav til den interne behandlingen av det som mottas fra motparten. Eksempelvis at relevant informasjon legges frem for de faktiske beslutningstakere innen bedriften.<sup>124</sup> Videre vil det ved kommersielle aktører kunne kreves at for eksempel pristilbud som oversendes fra motparten gis samme behandling som informasjon fra andre eventuelle kontraktsparter. Ved offentlige aktører vil et slikt krav være ubetinget, som følge av det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling<sup>125</sup>, samt regelverket om offentlige anskaffelser.<sup>126</sup> Et forhold som vil kunne spille inn på graden av medvirkning som med rette kan forventes av motparten, er mengden av ressurser som investeres i kontraheringsforsøket.<sup>127</sup> Der denne størrelsen er stor, vil det således tilsi en mer forsvarlig og tettere intern oppfølging av kontraktsforhandlingene.

Vi ser at etterlevelse av medvirkningsplikten medfører bruk av mer eller mindre ressurser på behandling av forhandlingsutspill. Et utslag av medvirkningsplikten vil derfor kunne være at partene avstår fra å komme med urimelige utspill og med det komplisere og forlenge forhandlingsprosessen.<sup>128</sup> Hva som i tilfelle er urimelige forhandlingsutspill, vil ofte være vanskelig å ta stilling til, og det kan meget vel tenkes at partene vil ha en ulik oppfatning om dette. Vurderingen må likevel foretas etter visse objektive kriterier, så som normal pris for lignende ytelse, hva som er vanlig praksis innen samme bransje og lignende.

Det kan tenkes tilfeller der graden av medvirkningsplikt for de forhandlende parter er ulik. Mye taler således for å pålegge den som initierer et kontraheringsforsøk en særlig medvirkningsplikt, i alle fall til å begynne med. Den som *etter invitasjon* utarbeider kontraktsforslag og pristilbud vil med rette ha en berettiget forventning om at det som oversendes virkelig behandles på en adekvat måte hos bestilleren. Videre vil medvirkningsplikten medføre at partene ikke bruker unødig med tid under kontraheringsbestrebelsene og dermed uthaler prosessen. Partene skal gis rimelig med

---

<sup>124</sup> Om dette, se Simonsen (1997) s. 211

<sup>125</sup> Eckhoff, Smith (2006) s. 383

<sup>126</sup> Se lov om offentlige anskaffelser §§ 1 og 5, samt Rt. 2008 s. 1705

<sup>127</sup> Simonsen (1997) s. 208

<sup>128</sup> Farnsworth (1987) s. 277

tid til å internbehandle kontraheringsbestrebelsene, men i dette ligger også at partene vil ha en berettiget forventning om at behandlingen skjer *innen* rimelig tid.<sup>129</sup>

Ofte vil gjennomførbarheten av et prosjekt være tuftet på at offentlige myndigheter gir de nødvendige tillatelser slik at virksomheten kan igangsettes. Medvirkningsplikten krever at partene søker om og skaffer slike godkjenninger før prosjektet skal settes ut i livet, slik at det hele i hvert fall ikke strander som følge av mangel på slike.<sup>130</sup>

Et sentralt spørsmål vedrørende medvirkningsplikten er om den stenger for det som gjerne omtales som ”back trading”.<sup>131</sup> Der forhandlinger strekker ut over tid, vil partene gjerne oppnå enighet om punkter underveis, frem til en så stor grad av enighet er oppnådd slik at bindende avtale kan inngås (forhandlingsavtaler). Spørsmålet blir således om det skal anses som illojalt å gå tilbake på punkter det tidligere i forhandlingene er oppnådd enighet om. Spørsmålet kan ikke enkelt verken bekrefte eller avkreftes. Man kan således finne gode momenter som taler både for og imot å anse dette som illojal adferd.

For forhandlingenes progresjon kan det være viktig at man legger de punktene det er oppnådd enighet om bak seg, for så videre å kunne konsentrere seg om momenter der partene fortsatt ikke står samlet uten frykt for at ”ferdigforhandlede” momenter skal dukke opp igjen. På den annen side kan det meget vel tenkes situasjoner der de videre forhandlinger utvikler seg på en slik måte at det vil være naturlig og i visse tilfeller endog påkrevd å gå tilbake til punkter det opprinnelig allerede var enighet om. Det kan således være tilfeller der dette er til det beste for begge parter, men også der kun den ene synes å dra fordel av reforhandlingene kan rimelighetshensyn tale for å tillate dette. Det kan videre være vanskelig for partene å akseptere at punkter skal bli ”låst” underveis, dette til tross for at man fremdeles ikke befinner seg innen kontraktsregimet.

---

<sup>129</sup> Simonsen (1997) s. 213

<sup>130</sup> Slik også Nazarian (2007) s. 211

<sup>131</sup> Simonsen (1997) s. 219

Konklusjonen må bli at det å kreve reforhandlinger av punkter partene allerede var enige om, vil kunne, men ikke nødvendigvis vil være, et illojalt forhold, alt etter de konkrete omstendigheter. Sentralt i vurderingen vil være hvor i forhandlingene partene befinner seg. Det vil lettere kunne bli oppfattet som illojalt å kreve reforhandlinger tett opp mot at partene er klare for kontraktsslutning. Videre vil *hva* det kreves reforhandlinger av være et viktig moment. Det vil således være lettere å akseptere og gå nye runder på mindre betydelige og viktige momenter, enn selve kjernemomentet i det partene forhandler om.

#### 5.3.4 Saklighetskravet

Som allerede nevnt, er saklighetskravet det som må kunne omtales som et avbruddskriterium, og det sentrale spørsmål er hvorvidt lojalitetsplikten kan påvirke og eventuelt begrense partenes rett til å bryte ut av kontraheringsbestrebelsene før bindende avtale er inngått.

Utgangspunktet må være at partene står fritt til å avbryte kontraheringsforsøket.<sup>132</sup> En følge av dette er at det i tilfelle vil måtte foreligge særlige momenter som *tilsier* en begrensning i denne retten, og altså *ikke* momenter som taler for å *tillate* at en part bryter ut av forhandlingene. Temaet reiser således i hvert fall to problemstillinger. Den første er *hvilke* grunner som kan rettferdiggjøre at en part blir holdt ansvarlig for den andres kostnader ved at han bryter ut av forhandlingene, og den andre vil være med hvilken *styrke* grunnene må forkomme før den som bryter ut handler i strid med lojalitetsplikten. Et brudd på saklighetskravet vil måtte sanksjoneres av domstolene, og det er grunn til å tro at disse vil utvise stor varsomhet med å sette til side de meget situasjonsbetingede beslutninger partene tar på det prekontraktuelle stadiet.<sup>133</sup> Dette til tross, kontraktslivet er som tidligere redegjort for, ikke blottet for domstolenes kontroll, og i gitte tilfeller vil lojalitetshensyn kunne være så presserende slik at en innskrenking av kontraheringsfriheten lar seg forsvare.

---

<sup>132</sup> Slik også Bruserud (2010) s. 288

<sup>133</sup> Simonsen (1997) s. 226

Saklighetskravet vil sette krav til hvilke begrunnelser som anføres for å bryte ut av en forhandlingsprosess, og, som det ligger i ordets natur, disse vil måtte være saklig motiverte. Hva som i tilfelle vil være saklig motivert, vil en kun komme frem til ved en undersøkelse av de konkrete omstendigheter.<sup>134</sup> Vi søker altså å komme frem til det som kan utgjøre usaklige hensyn, og vi kan skille mellom ulovlige og utenforliggende.<sup>135</sup> Et eksempel kan være illustrerende. En hybelutleier har etter telefonisk kontakt drevet forhandlinger med en eventuell leietaker. Under samtalene har de blitt enige om så vel pris som lengde på leieforholdet. Hybelen er beskrevet, og den mulige leietaker er meget interessert. Nærmest som en formalitet avtales visning, der det ligger i kortene at leiekontrakt vil bli underskrevet. På visningen viser deg seg imidlertid at den eventuelle leietaker er muslim, noe utleier har lite til overs for. Som følge av dette er utleier ikke lenger interessert i å leie ut hybelen, og avblåser handelen. Et slikt forhold vil stride mot straffeloven § 349 a), som forbyr forskjellsbehandling på grunnlag av blant annet religion, hudfarge, nasjonalitet og legning. Dette vil altså være et ulovlig hensyn.

De utenforliggende hensyn er det som omtales som tematiske usakligheter,<sup>136</sup> og vil typisk gjøre seg gjeldende når en part avbryter et kontraheringsforsøk som følge av forhold som er selve kontrakten uvedkommende. La meg illustrere med et eksempel hentet fra rettspraksis. I Rt. 2009 s. 1319 var det i tildeling av avtalehjemmel etter kommunehelsetjenesteloven § 4-2<sup>137</sup> om driftstilskudd til fysioterapeut spørsmål om kommunen hadde begått saksbehandlingsfeil ved tildelingen. Det ble således blant annet reist spørsmål om utenforliggende hensyn var tillagt vekt. En av søkerne til hjemmelen mente det var begått saksbehandlingsfeil da han ikke var funnet som den best skikkede søkeren, gitt hans utdannelse og arbeidserfaring. Søkeren som ble innstilt som nummer én hadde eierposisjoner ved instituttet der hjemmelen skulle utøves, noe som også ble nevnt i begrunnelsen for hvorfor søkeren ble valgt. Førstvoterende uttaler om dette:

---

<sup>134</sup> Farnsworth (1987) s. 282

<sup>135</sup> Simonsen (1997) s. 227

<sup>136</sup> Simonsen (1997) s. 228

<sup>137</sup> Kommunehelsetjenesteloven av 19. november 1982

*”Det er uklart hvorfor Rakvaags økonomiske tilskudd er omtalt i innstillingsorganets begrunnelse. Hvis investeringen er tillagt vekt, ville det være et utenforliggende hensyn.”*<sup>138</sup>

Det neste spørsmålet saklighetskravet reiser, er om det også stilles krav til hvordan begrunnelsene en part har for å avbryte kontraheringsbestrebelsene vektas. Spørsmålet kan formuleres som når en *relevant* grunn også er en *rimelig* avbruddsgrunn. Som nevnt ovenfor er det all grunn til å tro at domstolene vil utvise varsomhet med å etterprøve de vurderingene partene gjør underveis i forhandlingene. Flere momenter taler for en slik løsning. Beslutninger tatt under forhandlinger er gjerne foretatt der tid er en essensiell faktor, og der også risikovurderingene nødvendigvis baserer seg på fremtidsrettede vurderinger. Når så etterpåklokskapen anvendes for å belyse tidligere så uforutsigbare situasjoner der disse og andre situasjonsbetingede faktorer ikke lenger gjør seg gjeldende på samme måte, kan situasjonen fort fremstå annerledes, og de foretatte vurderingene kan vise seg gale. Den som vurderer en forhandlingssituasjon dit hen at det beste vil være å bryte ut, bør således ikke få sin vurdering overprøvd selv om vurderingen i ettertid viste seg å være forfeilet. Skadevolder befinner seg i så måte i en unnskyldelig faktisk villfarelse som bør passere usanksjonert.<sup>139</sup> Dette medfører imidlertid ikke at klart urimelige vurderinger er skjermet for kontroll.<sup>140</sup>

Et eksempel på Høyesteretts vurdering av partenes avbruddsgrunner, finner vi i Rt. 1998 s. 761 Kina-Hansen. Banken valgte som tidligere nevnt å avbryte finansieringen av Hansens Kina-prosjekt, og førstvoterende uttalte om denne beslutningen:

*”Jeg ser det videre som klart at bankens beslutning i juni 1991 om ikke å gi ytterligere kreditt, i seg selv var saklig begrunnet - Kinaprojektet var åpenbart meget risikofyllt, sikkerhetene var sunket i verdi, og beslutningen samsvarte godt med en vanlig bankmessig vurdering.”*

---

<sup>138</sup> Se avsnitt 70

<sup>139</sup> Slik også Nazarian (2007) s. 262

<sup>140</sup> Slik også Simonsen (1997) s. 234

## 6 Lojalitetsplikdens styrke

### 6.1 Innledning

I kapittel 4 ble det redegjort for at den prekontraktuelle situasjon er kjennetegnet ved partenes frihet. Friheten er imidlertid underlagt visse begrensninger på grunnlag av de berettigede forventninger forhandlingssituasjonen, samt partenes handlemåte, er egnet til å gi.<sup>141</sup> Det ble i kapittel 5 redegjort for hva som typisk vil være innholdet av de berettigede forventninger, og jeg skal nå gå over til å ta for meg *graden* av beskyttelse som tilbys partene. Vi forflytter oss dermed over til lojalitetsplikdens dynamiske element. Beskyttelsesnivået en norm gir, vil således avhenge av en rekke situasjonsspesifikke faktorer, og dermed variere fra de ulike tilfeller. Den videre behandlingen vil vise at den prekontraktuelle lojalitetsnorm er en konkret avveiningsnorm, der alle forhold ved den aktuelle situasjon i prinsippet er egnet til å påvirke lojalitetsnivået. Eksempler på slike forhold skal det redegjøres for under.

### 6.2 En konkret avveiningsnorm

Lojalitetsplikten må fastlegges konkret.<sup>142</sup> I dette ligger at graden av beskyttelse vil være individuelt betinget. Det er de forhold som gjelder mellom partene i et konkret tilfelle som vil bestemme hvilken grad av lojalitet som kan forventes. I prinsippet vil alle faktorer være relevante, det er således en totalvurdering av situasjonen en skal frem til.<sup>143</sup> Kun når situasjonen bedømmes under ett, vil lojalitetskravene kunne tre frem, rettsanvenderen må med andre ord gå meget bredt ut i sin vurdering.

Beskyttelsesnivået utgjør altså lojalitetsnormens dynamiske element, og vil således variere. Det er imidlertid ikke kun mellom de ulike partskonstellasjoner en vil se variasjoner. Graden av beskyttelse må vurderes ut i fra de til enhver tid gjeldende forhold under en forhandlingsfase, og disse vil jo gjerne endre seg etter hvert som forhandlingene skrider frem. Beskyttelsesgraden vil dermed ha ulik styrke på de ulike

---

<sup>141</sup> Bruserud (2010) s. 288

<sup>142</sup> Slik også Nazarian (2007) s. 198

<sup>143</sup> Simonsen (1997) s. 162

tidspunkt under kontraheringsbestrebelsene. Vi ser altså at tidspunktet for vurderingen er av stor viktighet.<sup>144</sup>

## 6.3 Ulike vurderingsmomenter

### 6.3.1 Innledning

Selv om beskyttelsesnivået må avgjøres etter en konkret vurdering, vil jeg her trekke frem ulike faktorer som gjerne vil gå igjen i vurderingsgrunnlaget. Dette vil på ingen måte utgjøre noen uttømmende angivelse av relevante faktorer, men altså bare være eksempler på momenter som vil kunne influere på lojalitetsnivået.

### 6.3.2 Hvem som forhandler

#### 6.3.2.1 Innledning

Når lojalitetsnivået i en konkret sak skal avgjøres, vil en vurdering av de forhandlende parter være et meget sentralt moment. Vurderingstemaet vil kunne dreie seg om individuelle forhold knyttet til de ulike aktørene, men også mer situasjonsspesifikke forhold, der for eksempel tilknytning mellom partene og ulike forhold ved forhandlingssituasjonen vil være relevant. Jeg skal her redegjøre for ulike vurderingsfaktorer.

At en vurdering av partene står sentralt, kommer ganske tydelig frem i Rt. 1998 s. 761, der førstvoterende i sin drøftelse av om det foreligger grunnlag for å tilkjenne erstatning for negativ kontraktsinteresse tematiserer hvem som forhandler, og styrkeforholdet mellom disse.<sup>145</sup>

#### 6.3.2.2 Profesjonelle parter

Hvilken grad av lojal behandling som kan forventes, vil kunne henge sammen med graden av profesjonalitet partene besitter. Klare eksempler på dette vil en kunne se der det er store skjevheter i styrkeforholdet. Går en aktør inn i forhandlinger med en

---

<sup>144</sup> Simonsen (1997) s. 163, Nazarian (2007) s. 320

<sup>145</sup> Se Rt. 1998 s. 761 s. 772

utpreget profesjonell part, vil nok ofte forventningen være at denne bruker sin kompetanse også til å ivareta den andres interesser, og i alle fall i ikke misbruker sin posisjon på den andres bekostning. Motpartens profesjonalitet vil imidlertid ikke kunne benyttes som et fritaksgrunnlag for eget ansvar. Dersom egen kompetanse tilsier innsikt i risikomomenter, vil dette være avgjørende. I så retning er Rt.1981 s. 462 Malvikdommen illustrerende, der følgende ord om dette ble sagt:

*”I den foreliggende sak må det imidlertid ha vekt at UEH hadde erfaring som utbygger og kunne vurdere risikofaktorene. Dette ble tydeligvis ikke gjort.”*

Der en av partene er representert ved profesjonsutøvere, vil dette kunne være et moment som med rette hever forventningsgrunnlaget til motparten. I Rt. 2000 s. 679 finner vi illustrerende uttalelser. En bank ble holdt ansvarlig for en kundes tap som følge av uaktsomme forhold vedrørende investeringsrådgivning.

*”Vurderingen av hvilke krav som må stilles til aktsomheten ved DnBs rådgivning, må ta sitt utgangspunkt i at norsk rett bygger på et strengt, ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere (...). (...) må kunden som alminnelig regel kunne kreve høyt kvalifisert og høyt spesialisert rådgivning. Ut fra dette fremstår det for meg som lite tvilsomt at Nordby hadde en berettiget forventning om å motta oppdaterte og faglig baserte råd som grunnlag for Finanssenterets plasseringsanbefalinger.”<sup>146</sup>*

### 6.3.2.3 Familieforhold

Av og til vil en finne familiemedlemmer som sitter på hver sin side av forhandlingsbordet med et ønske om å inngå kontrakt. Disse vil gjerne ha en høyere forventning om lojalitet enn hva som er tilfellet der de forhandlende er fremmende, og Høyesterett har således slått fast i flere dommer at det vil gjelde et strengere krav til lojalitet der avtaleparter er familiemedlemmer. Eksempelvis kan nevnes Rt. 1999 s. 718, der førstvoterende uttaler følgende om den kontraktuelle lojalitetsplikt mellom ektefeller:

---

<sup>146</sup> s. 688



*”Utgangspunktet for bedømmelsen er at ektefellene har en gjensidig lojalitetsplikt, og at kravene til oppriktighet og lojalitet er strengere enn i vanlige formuesforhold, (...)”.*

Det er all grunn til å tro at de samme synspunkter vil gjøre seg gjeldende ved den prekontraktuelle lojalitetsplikten.

Imidlertid kan også avtaler mellom familiemedlemmer tenkes å bli inngått under relativt kjølig klima,<sup>147</sup> og at alt ikke bare er harmoni i familieavtaler illustreres vel også av at konflikter vedrørende slike til tider havner for domstolene til behandling, der lojalitetsforholdet gjerne blir tema. Spørsmålet blir da om utgangspunktet om forhøyet lojalitetskrav kan opprettholdes. Det er grunn til at når familiemedlemmer uten et godt forhold inngår avtaler, vil dette føre til en viss lemping av utgangspunktet om forhøyet lojalitetskrav.<sup>148</sup>

#### 6.3.2.4 Vennsksforhold

Der det er vennsksforhold mellom de forhandlende parter, vil de samme synspunkter som nevnt i forrige avsnitt gjøre seg gjeldende, hvilket kan begrunne høyere krav til lojaliteten mellom partene. Om partene kjenner hverandre fra før, og i tilfelle hvor godt de kjenner hverandre, vil dermed være relevante momenter.

#### 6.3.2.5 Tidligere samarbeid mellom partene

Når aktører er på utkikk etter eventuelle samarbeidspartnere, vil de ofte søke tilbake til aktører de tidligere har hatt vellykkede samarbeidsforhold med. Ved siden av at resultatet ble som ønsket ved de tidligere handler, vil ofte valget være sterkt influert av de tillitsbånd som ble opparbeidet ved forrige kontrahering. Dette vil kunne resultere i at partene allerede ved starten av forhandlingene sitter med høyere forventning om tillitsfull og kanskje til og med en bestemt type behandling basert på det tidligere

---

<sup>147</sup> Slik også Nazarian (2007) s. 301

<sup>148</sup> Slik også Nazarian (2007) s. 302

samarbeid.<sup>149</sup> Er disse forventningene berettigede, vil det således etterlates mindre fritt spillerom for aktørene.

#### 6.3.2.6 Allerede samarbeidsparter

En ikke uvanlig utvikling i kontraktsforhold, er at partene utvider sitt samarbeid til å gjelde også andre områder. Etter å ha erfart at samarbeidet fungerer og det avtalte gjennomføres som forutsatt, ser partene seg tjent med å fortsette å jobbe sammen fremfor med andre aktører. Det er nærliggende at dette vil kunne være et element som vil prege lojalitetskravene under forhandlingene ved de senere kontrakter. Det kan også tenkes at det gjennom det tidligere samarbeid har utviklet seg mer eller mindre faste ”kjøreregler” for partenes adferd i den prekontraktuelle fase. Dette vil være et særlig aktuelt moment i vurderingen av lojalitetsnormeringen.<sup>150</sup>

#### 6.3.3 Hvem har initiert forhandlingene

Det vil normalt være formodningen at den som initierer et kontraheringsforsøk vil ha en særlig interesse i det påtenkte. En kan således tenke seg at denne vil ha et særlig ansvar for å følge opp de utspill som kommer fra motparten, og med det sørge for at dennes ressursbruk ikke fremstår som bortkastet. Den som etter invitasjon til forhandlinger utarbeider skisser, kommer med pristilbud, tegninger eller lignende, vil nok etter forholdene ha en berettiget forventning om at disse også gis den fortjente behandling hos adressaten for utspillet. Den forhøyede lojalitetsplikten bør imidlertid ikke trekkes for langt, og lojalitetsnivået mellom partene vil nok ganske fort jevne seg ut etter hvert som forhandlingene går fremover.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> Slik også Simonsen (1997) s. 244

<sup>150</sup> Simonsen (1997) s. 245

<sup>151</sup> Om dette, se Simonsen (1997) s. 245-246

#### 6.3.4 Kontraktens art

##### 6.3.4.1 Innledning

En rekke forhold knyttet til selve kontrakten det forhandles om, kan etter omstendighetene spille en stor rolle når lojalitetsnivået mellom partene skal vurderes. Jeg skal under gå igjennom noen slike momenter.

##### 6.3.4.2 Omfattende kontrakt, herunder ressursbruken

Der kontraheringsbestrebelsene gjelder en omfattende kontrakt som det knytter seg store verdier til, vil dette kunne være et moment som trekker opp lojalitetsnivået mellom partene. Ved slike forhandlinger vil det således ofte være mer som står på spill, og gjennomføringen av prosjektet vil kunne ha store konsekvenser for de involverte. Videre kan det meget vel tenkes at kontrakten vil ha samfunnsmessige følger som rekker langt videre enn kun for de direkte involverte parter. Momenter som disse kan tilsa at partene under forhandlingene er underlagt en skjerpet lojalitetsplikt. Et annet moment som trekker i samme retning, er at størrelsen på kontrakten gjerne gjenspeiles i ressursbruken under forhandlingene. Det er nærliggende at det er en viss sammenheng mellom hvordan kontraheringsforsøk behandles internt og hvor mye ressurser motparten (og en selv) investerer i forsøket. For å hindre sløsing med ressurser, er det også fra en samfunnsøkonomisk side viktig å reagere når aktører ikke lever opp til lojalitetsplikten,<sup>152</sup> og vi ser her et godt eksempel på hvordan jus også brukes som et samfunnsøkonomisk verktøy.

##### 6.3.4.3 Langsiktig kontrakt

Ved langsiktige avtaler vil en ofte kunne se større innslag av samarbeid mellom partene, enn hva som er vanlig ved avtaler som gjennomføres over et kort tidsrom. Der innslaget av samarbeid er stort, vil dette også være et moment som understreker viktigheten av at lojalitetsbåndene blir sterke allerede under forhandlingene. Partene vil i slike tilfeller gjerne ha samme mål, og forventningen om lojalitet under forhandlingene vil gjerne være sterkere til en utpreget ”forbundsfelle”, enn der partene under kontrakten vil ha mer separate mål.<sup>153</sup> Slike synspunkter vil gjøre seg gjeldende med enda større styrke

---

<sup>152</sup> Slik også Simonsen (1997) s. 246

<sup>153</sup> Slik også Nazarian (2007) s. 306

der utførelsen av selve kontrakten krever en særlig grad av tillit. Partene vil i slike tilfeller gjerne trenge en større grad av visshet om at motparten vil være skikket som avtalepartner, hvilket igjen kan være egnet til å skjerpe lojalitetskravene i forhandlingsfasen.

### 6.3.5 Bransjeforskjeller

Ved vurderingen av den prekontraktuelle lojalitetsplikt, kan bransjen aktørene hører til i være et moment av betydning. En vil således kunne se eksempler på bransjer der det har utviklet seg egne sedvaner for hva som er forsvarlig adferd.<sup>154</sup> Dette medfører at noe som er innenfor handlefrihetens grenser i visse bransjer, kan havne på utsiden i andre. Det vil videre over tid kunne utvikle seg mer eller mindre gunstige holdninger til etiske spørsmål i avgrensede deler av forretningslivet, som kan gi seg utslag i hvilken grad av lojalitet som kreves under forhandlinger.<sup>155</sup> På den annen side vil det kunne stilles særlige krav til profesjonalitet i visse bransjer, som igjen vil resultere i et høyere beskyttelsesnivå. Bankbransjen vil her være et godt eksempel. Eksempelvis vil nok en byggherre som forhandler om en låneavtale med en bank forvente en høyere grad av lojalitet enn hva han ville gjort om han forhandlet om kjøp av en tomt fra en konkurrent i byggebransjen. Dette kan skyldes det at en bank rent faktisk er underlagt et profesjonsansvar, jf overfor, men også det at banken, som forvalter av kundens penger, er helt avhengig av tillit hos sine kunder.

Et illustrerende eksempel på at det som er vanlig i bransjen vil kunne bidra til norminnholdet i lojalitetsplikten, finner vi i Rt. 1992 s. 1110. Det var mellom partene, OBOS og Stiansen Entreprenørforretning, uenighet om et to-trinns avtaleopplegg hadde ført til binding allerede ved den første avtale. Høyesterett kom frem til at endelig binding først ville foreligge ved avtale nummer to, da et så sentralt moment som prisen ikke var regulert i den første avtalen. Konklusjonen ble videre begrunnet med at slike to-trinns avtaleopplegg var ” (...) *vel kjent i bransjen* ”.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> Lødrup (1999) s. 129

<sup>155</sup> Slik også Nazarian (2007) s. 316

<sup>156</sup> Se Rt. 1992 s. 1110, s. 1115

### 6.3.6 Formalisering av forhandlingene, herunder prekontraktuelle avtaler

I startfasen av forhandlingene, vil partene akkurat ha beveget seg fra undersøkelsesstadiet der de sonderer markedet for eventuelle kontraktsparter, og over til samtaler med en konkret motpart. Tonen vil som regel være preget av dette, og vil dermed fortsatt være relativt uformell. På et eller annet tidspunkt i den prekontraktsuelle fase, vil en imidlertid ofte se en formalisering av forhandlingene. Formaliseringen kan være så enkel som at forhandlingene tar skrifts form, eller ved at aktørene tar i bruk litt mer kompliserte reguleringer som intensjonserklæringer eller lignende.<sup>157</sup> Slike forhold vil være en betydelig faktor ved lojalitetsvurderingen. Eksempelvis kan nevnes Rt. 2010 s. 1478, der førstvoterende i sin drøftelse av den prekontraktsuelle lojalitetsplikt uttaler følgende:

*”(...) formaliseringen mellom partene vil være en sentral vurderingsfaktor ved fastleggelsen av beskyttelsesnivået.”*

Når partene går til det skritt å formalisere forhandlingene, vil det gjerne skyldes at de er blitt styrket i sin tro på kontraheringssannsynligheten, og at de dermed ønsker å ta forhandlingene ett skritt videre. Forventningene til motpartens adferd vil således være styrket, og etter forholdene vil formaliseringen medføre en strengere lojalitetsnormering.

I den ovenfor omtalte Stiansen-dommen, kom altså Høyesterett frem til at endelig binding ikke forelå ved den første avtalen, omtalt som Oktoberavtalen. Imidlertid fant retten at oktoberavtalen måtte tillegges andre virkninger for forhandlingene. Førstvoterende uttalte således:

*”Oktoberavtalen må innebære en forutsetning om at OBOS lojalt vurderer de pristilbud som Stiansens fremsetter, og eventuelt gjennom forhandlinger medvirker til en løsning av uløste spørsmål. Et brudd på disse forutsetninger ville etter omstendighetene kunne ha medført at OBOS ble erstatningsansvarlig overfor Stiansens for tapte omkostninger til prosjektering m.v.”*

---

<sup>157</sup> Simonsen (1997) s. 244

Vi ser altså at den formaliseringen av forhandlingene som oktoberavtalen utgjorde, medførte en skjerpelse av lojalitetskravene til partene, og brudd på disse ville etter omstendighetene kunne lede til ansvar.

Ved forhandling om større kontrakter vil en ofte kunne se eksempler på at aktørene benytter en eller annen form for prekontraktuelle avtaler. Grovt sett kan disse deles inn i to; de som etter sitt innhold kan tvangsfullbyrdes og dermed har direkte rettsvirkninger, og de som er så generelle i sin utforming at de mer må ses på som uttrykk for et ønske. Ved de førstnevnte står man overfor en avtale på lik linje med den eventuelle hovedkontrakt partene forhandler om, der brudd kan møtes med de normale sanksjoner vi kjenner fra avtaleretten.<sup>158</sup> Ved de mer generelle avtaler står man derimot overfor avtalemekanismer som ikke pålegger partene noen spesifikke plikter,<sup>159</sup> og som heller ikke har direkte rettsvirkninger, men som snarere har som funksjon å heve lojalitetsnivået under forhandlingene. For å unngå noen av usikkerhetsmomentene knyttet til forhandlingsfasen, har partene i slike tilfeller aktivt gått inn for å påvirke lojalitetsnivået. Om de lykkes med dette vil nok bero på avtalens utforming. Antakelig må avtalen være ganske konkret utformet før den skal kunne ha noen direkte innvirkning på lojalitetsnivået, og da er man fort over i den gruppen prekontraktuelle avtaler som etter sitt innhold har egne rettsvirkninger.

### 6.3.7 Stadiet av forhandlingene

Hvor i forhandlingene partene befinner seg, vil normalt være et moment av stor betydning, og henger gjerne sammen med sannsynligheten for at kontrahering vil inntreffe.<sup>160</sup> Normalt vil en nok kunne se at lojalitetsnivået rent faktisk er relativt lavt i startfasen, for så å forsterke seg etter hvert som forhandlingene tar mer form og tilknytningen mellom partene blir sterkere.<sup>161</sup> Den beskyttelse den rettslige lojalitetsnormen gir vil nok følge dette spor. Partene kan imidlertid ikke ukritisk legge dette til grunn. Avslutningsfasen av forhandlingene vil gjerne være klimakset

---

<sup>158</sup> Farnsworth (1987) s. 251

<sup>159</sup> Simonsen (1997) s. 244

<sup>160</sup> Simonsen (1997) s. 242

<sup>161</sup> Slik også Nazarian (2007) s. 321

kontraheringsbestrebelsene har bygget seg opp mot, der forhandlingsfasens vell av muligheter nå er kokt ned til to veivalg; enten eller, kontraktsslutning eller ikke. Det er gjerne først nå det viser seg hvor langt partene er villig til å strekke seg, og dermed hvilke frukter forhandlingene har båret.<sup>162</sup>

Selv om den personlige lojalitet som følge av samhandlingen gjerne bygger seg opp over tid, og dermed gjerne styrker seg utover i forholdet, vil dette kunne nyanseres ved at partene har latt viktige momenter stå igjen til slutten av kontraheringsfasen. Den rettslige lojalitetsnorm kan dermed ikke tilby den beskyttelse samsvarende til den rent mellommenneskelige lojalitet. Stadiet i forhandlingene indikerer med andre ord ikke kun den kronologiske utviklingen, men også kvalitativt *hva* partene har oppnådd enighet om.<sup>163</sup>

## **7 Erstatningsutmålingen**

### **7.1 Innledning**

Når kontraktsretten danner basis for erstatningskrav, opereres det gjerne med begrepene positiv- og negativ kontraktsinteresse. Det prekontraktuelle ansvar hører som tidligere vist hjemme i deliktsretten, da det naturlig nok ikke foreligger noen kontrakt et erstatningskrav kan bygge på som følge av at forhandlingene brøt sammen. Likevel forbindes det prekontraktuelle ansvar med kontraktsretten, og det er for så vidt ikke så underlig. Forhandlingsfasen henger naturlig nok sammen med kontraktsfasen, og i en fremstilling av kontraktsrettslige problemstillinger hører en redegjørelse for det prekontraktuelle ansvar hjemme. Prinsippene om erstatning hvis avtale ikke kommer i stand bør selvfølgelig inngå i en fremstilling der det blir redegjort for erstatning i ugyldighetstilfeller og ved kontraktsbrudd. Noen vil også hevde at det prekontraktuelle ansvar er et slags overgangsfenomen mellom erstatning forankret i deliktsretten og

---

<sup>162</sup> Slik også Simonsen (1997) s. 243

<sup>163</sup> Simonsen (1997) s. 243

erstatning forankret i kontraktsretten.<sup>164</sup> I kapittelet følger en redegjørelse for hovedpunktene erstatningsutmålingen følger ved erstatning basert på prekontraktuell ansvar.

Uansett hvordan man velger å se på forbindelsen mellom det prekontraktsuelle ansvar og kontraktsretten, medføre denne at man også ved de prekontraktsuelle erstatningskrav støter på begrepene positiv- og negativ kontraktsinteresse. En redegjørelse for disse er derfor på sin plass. Videre skal vi se hvordan utmålingen basert på prekontraktuell ansvar faktisk blir etter de grunnleggende erstatningsrettslige prinsipper. Det skal videre vises at siden normbruddet gjerne inntreffer på et sent stadium, kan dette medføre at skadelidte får relativt lite av sine kostnader erstattet. Det kan derfor reises spørsmål ved hvor reell beskyttelse det prekontraktsuelle ansvar gir. Det kan hevdes at dette begrunner alternative innfallsvinkler ved erstatningsutmålingen. Jeg vil helt kort komme inn på dette avslutningsvis.

## 7.2 Positiv- og negativ kontraktsinteresse

Positiv kontraktsinteresse kalles også gjerne oppfyllelsesinteressen, og er i utgangspunktet forbeholdt de tilfeller der det foreligger en gyldig avtale. Kjernen i utmålingsprinsippet er at skadelidte skal stilles på samme måte økonomisk som om avtalen hadde blitt riktig oppfylt, derav oppfyllelsesinteressen.<sup>165</sup> Skadelidte påberoper med andre ord kontrakten. Erstatning for den negative kontraktsinteresse har på den annen side tradisjonelt vært forbundet med ugyldige avtaler, og kalles gjerne tillitsinteressen.<sup>166</sup> Skadelidte har foretatt disposisjoner i tillit til at gyldig avtale er kommet i stand, hvilket ikke er tilfelle. Det settes da en strek over hele affæren, og utgifter han har hatt i tillit til at bindende avtale var inngått skal erstattes.<sup>167</sup> Eksempler på utgifter som faller inn under den negative kontraktsinteressen er forhandlingsutgifter, forberedelsesutgifter, slutningsutgifter, oppfyllelsesutgifter og disponeringstap.<sup>168</sup>

---

<sup>164</sup> Se for eksempel Simonsen (1997) s. 166

<sup>165</sup> Hagstrøm (2004) s. 520

<sup>166</sup> Hov (2007) s. 225

<sup>167</sup> Hagstrøm (2004) s. 521

<sup>168</sup> Se Hagstrøm (2004) s. 521



Oppfyllelsesinteressen nyter som utgangspunkt ikke erstatningsrettslig vern på det prekontraktuelle stadium. Uten å ha inngått kontrakt kan heller ikke skadelidte stilles som om kontrakt hadde blitt oppfylt på riktig måte. Oppfyllelsesinteressen fungerer således som et surrogat for riktig kontraktsoppfyllelse. Dette utgangspunktet er også slått fast av Høyesterett. I Rt. 2007 s. 425 uttaler førstvoterende om dette:

*”Oppfyllelsesinteressen i en prekontraktuell fase har tradisjonelt ikke blitt ansett å ha erstatningsrettslig vern.”*<sup>169</sup>

Av de to utmålingsprinsipper, er det den negative kontraktsinteresse som står det prekontraktuelle ansvar nærmest. Dette henger nok sammen med at også det prekontraktuelle ansvar henføres under læren om culpa in contrahendo.<sup>170</sup> Læren ble utviklet for ugyldighetssituasjoner, og var også opphav til prinsippet om den negative kontraktsinteresse.<sup>171</sup> Utgiftene som kan kreves erstattet etter utmålingsprinsippet vil typisk være pådratt under den prekontraktuelle fase og det vil således ofte være en viss grad av sammenfall mellom utgiftene som kan kreves erstattet med grunnlag i det prekontraktuelle ansvar.<sup>172</sup>

### 7.3 Den prekontraktuelle erstatningsutmåling

#### 7.3.1 Innledning

Begrepene positiv- og negativ kontraktsinteresse fungerer på mange måter som hjelpebegreper som angir rettsanvendelsesresulteter.<sup>173</sup> Det er imidlertid viktig å huske at det som faktisk ligger til grunn for erstatningsutmålingen er anvendelse av erstatningsrettslige prinsipper, der årsaksbetraktninger og adekvanskravet står sentralt.<sup>174</sup> Når den skadelidte får erstatning for sin oppfyllelsesinteresse, er dette som oftest som følge av at han har en kontrakt som slår fast at skadevolder hadde plikt til å

---

<sup>169</sup> Se avsnitt 32

<sup>170</sup> Simonsen (1997) s. 152, Woxholth (2009) s. 199

<sup>171</sup> Se Simonsen (1997) s. 152

<sup>172</sup> For mer utførlig om culpa in contrahendo og forskjeller mellom ugyldighetstilfellene og det rent prekontraktuelle forhold, viser jeg til Lasse Simonsen (1997), særlig s. 151-162.

<sup>173</sup> Hagstrøm (2004) s. 521

<sup>174</sup> Se for eksempel Hov (2007), som mener begrepene i seg selv er intetsigende, s. 47

yte ham noe tilsvarende oppfyllelsesinteressen. Når etterlevelsen av kontrakten uteblir, står således tapet i årsakssammenheng med kontraktsbruddet.

Dette medfører at det i prinsippet ikke er noe i veien for at en skadelidte får erstattet sin oppfyllelsesinteresse som følge av et prekontraktuelt forhandlingshavari, forutsatt at skyldkravet for skadevolder er oppfylt. Står tapet av oppfyllelsesinteressen i en adekvat årsakssammenheng med rettsbruddet, kan også denne kreves erstattet. Illustrerende her er den ovenfor nevnte Rt. 2007 s. 425, og førstvoterendes uttalelser. Når han sier at oppfyllelsesinteressen "*tradisjonelt*" ikke har erstatningsrettslig vern på det prekontraktsuelle stadium, ligger det i dette at den også kan tenkes å ha det. Det er med andre ord ingen regel som sier at oppfyllelsesinteressen er forbeholdt de tilfeller der det foreligger gyldig kontrakt. Grunnen til at oppfyllelsesinteressen normalt ikke kan kreves erstattet med grunnlag i det prekontraktsuelle ansvar ligger i den begrensningen årsakskravet utgjør. Oppfyllelsesinteressen av en kontrakt vil normalt ikke vil utgjøre en adekvat tapspost der forhandlingene har brutt sammen før kontraktsslutning.

Utgangspunktet for erstatningsutmålingen er den skadeutløsende begivenhet. Kravet om årsakssammenheng medfører at det kun er skadelidtes tapsposter som står i årsakssammenheng med den skadevoldende begivenhet som kan kreves erstattet. Dette omtales i erstatningsretten også gjerne som kravet til kausalitet. Sentralt i kausalitetskravet er betingelseslæren. Det foreligger årsakssammenheng kun der en begivenhet er en følge av en tidligere inntrådt begivenhet.<sup>175</sup> Hvis den senere inntrådte begivenhet fortsatt ville ha materialisert seg ved fjerning av den første begivenhet foreligger ikke årsakssammenheng, og kravet til kausalitet er ikke oppfylt.<sup>176</sup>

Ved de prekontraktsuelle relasjoner er det erstatningsutløsende forhold normalt at skadelidte befinner seg i en villfarelse, og at skadevolder, som vet bedre, ikke bringer ham ut av denne. Skal kravet til kausalitet tilfredsstilles betyr dette at skadelidtes tap må komme som en følge av villfarelsen.<sup>177</sup> Tilfeller kan tenkes der skadevolder går inn i

---

<sup>175</sup> Se Lødrup (1999) s. 296

<sup>176</sup> Se Simonsen (1997) s. 324

<sup>177</sup> Simonsen (1997) s. 324

forhandlinger om kontrakt, men motivasjonen for å gjøre dette er å få tak i informasjon fra motparten til egen bruk. Parten har med andre ord aldri hatt seriøse hensikter med hensyn til kontraktsslutning. Selv om dette forekommer, vil nok heller som regel slutningsmotivasjonen svikte underveis i forhandlingsprosessen, og ofte sent.<sup>178</sup> Normbruddet vil da bestå i at skadevolder unnlater å informere skadelidte om dette. Motivasjonssvikten vil være relevant informasjon for skadelidte, og denne ville etter all sannsynlighet ikke begitt seg videre inn i forhandlingssituasjonen med den relevante informasjon, eller i hvert fall gjort dette på eget ansvar etter nye risikovurderinger. Etter kravet om kausalitet vil de utgiftene skadelidte pådrar seg *etter* normbruddet kunne være erstatningsberettigede, forutsatt at dette ikke var disposisjoner han uansett ville foretatt. Dette er den perioden han faktisk befinner seg i en villfarelse motparten unnlater å oppklare, og disposisjoner han foretar seg står således i direkte årsakssammenheng med villfarelsen. I perioden frem til normbruddet har motparten forhandlet med riktige intensjoner, og har dermed intet kritikkverdig eller illojalt å svare for. Det er først fra da skadelidte ble misledet at det illojale forhold forelå.

### 7.3.2 Utgifter som kan kreves erstattet

#### 7.3.2.1 Innledning

Det neste vi da skal se på er hvilke tapsposter skadelidte kan kreve erstattet. Vi kan skille mellom direkte utgifter og disponeringstap.

#### 7.3.2.2 Direkte utgifter

De direkte utgifter består av de kostnader partene har som er direkte knyttet til forhandlingene, og omtales også som ”out of pocket expenses”.<sup>179</sup> Eksempelvis kan nevnes utgifter til kontraktsforhandlinger, utarbeidelse av pristilbud, skisser, planlegging og lignende.<sup>180</sup> Alle utgifter pådratt på det prekontraktsuelle stadium vil ikke nødvendigvis bli erstattet, kun de som er foretatt *som følge av* den berettigede forventning som er brutt.<sup>181</sup> Dette utgjør et viktig skille og en begrensning i

---

<sup>178</sup> Simonsen (1997) s. 325

<sup>179</sup> Simonsen (1997) s. 339

<sup>180</sup> Se Woxholth (2009) s. 199

<sup>181</sup> Simonsen (1997) s. 342

erstatningen. Den berettigede forventning utgjør som oftest en forventning om samhandling på det prekontraktuelle stadium, ikke nødvendigvis en forventning om at kontrakten skal vinnes. Forventer en av partene allerede på forhandlingsstadiet at kontrakten vil vinnes, vil nok ofte denne forventningen være uberettiget. Forskutterer skadelidte kontraktsslutningen, og pådrar seg av den grunn utgifter relatert til selve utførelsen av kontrakten (kontraktsspesifikke), vil disse som hovedregel ikke være erstatningsberettigede. Unntak kan kanskje tenkes der kontrahering har fremstått som så sannsynlig, slik at kostnadsbruken ikke har vært forhastet, men dette vil etter min mening høre sjeldenhetene til. Det må i så fall kreves meget sterke holdepunkter før det kan være berettiget å anse en avtale som ”i havn” før denne formelt er sluttet. I motsatt fall vil prinsippet om kontraheringsfrihet undermineres.

Et godt eksempel på oppfyllelsesutgifter pådratt allerede i den prekontraktuelle fase, finner vi i den overfor omtalte Stiansen-dommen. Under forhandlingene om en byggekontrakt med OBOS, hadde Stiansen (entreprenøren) allerede før kontraktsslutning påbegynt byggearbeider. Førstvoterende uttalte om dette:

*”Stiansen hadde satt seg i en vanskelig posisjon ved at han allerede før endelig kontrakt var inngått, hadde påbegynt byggearbeidet, og valgte ikke å stoppe prosjektet etter OBOSs brev 19. januar 1988.”*

Iverksatte byggearbeider var således en handling foretatt med sikte på å utføre innholdet av avtalen, utgiftene var dermed kontraktsspesifikke. Stiansen forskutterte avtaleinngåelsen, og når denne til sist viste seg å utebli, ser vi at risikoen for de premature byggearbeider måtte bæres ham.

### 7.3.2.3 Disponeringstapet

Den andre tapstypen det opereres med utgjøres av disponeringstapet, som går ut på at skadelidte foretar disposisjoner basert på tillit til skadevolders faktiske opptreden.<sup>182</sup> Slike disposisjoner kan bestå i så mangt, men det mest nærliggende tilfelle er at skadelidte unnlater å kontrahere med tredjemenn som følge av

---

<sup>182</sup> Simonsen (1997) s. 344

kontraheringsbestrebelsene med skadevolder.<sup>183</sup> Fra et årsaksperspektiv er det ikke vanskelig å tenke seg at unnlatelsen av å kontrahere med tredjemenn er forårsaket av kontraheringsbestrebelsene med skadevolder.<sup>184</sup> Hadde skadelidte visst om de forhold som kunne stenge for avtaleinngåelsen, er det nærliggende å tro at han ikke ville latt sjansen til å kontrahere med tredjemann gå fra seg. Tapsposten i seg selv volder altså få betenkeligheter.

Vi har allerede sett at det prekontraktuelle ansvar tradisjonelt gir rett til å kreve erstattet den negative kontraktsinteresse, men altså ikke oppfyllelsesinteressen i forhold til den kontrakt partene forhandlet om. Når skadelidte krever sitt disponeringstap som følge av unnlatt kontrahering med tredjemann erstattet, krever han gevinsten ved den unnlatte kontrakt med tredjemann erstattet, altså oppfyllelsesinteressen. Det kan da fremstå som noe underlig at han kan gjøre dette i sidelinjen, men ikke i forholdet med skadevolder. Ser man imidlertid nærmere på de to situasjoner, skal vi se at resultatet kanskje ikke er så underlig allikevel.

I forholdet til skadevolder, har denne utvist en motvilje mot å kontrahere med skadelidte. Å tilkjenne erstatning for oppfyllelsesinteressen ville i så fall bety et ganske klart avvik fra de prinsippene som er utviklet innen avtaleretten om kontraktsslutning, der sammenfall mellom tilbud og aksept som oftest er en forutsetning.<sup>185</sup> Dette vil imidlertid stille seg annerledes i forholdet til tredjemann. Skal kravet til årsakssammenheng være tilfredsstilt, må det antagelig foreligge et tilbud fra tredjemann som skadelidte ikke har akseptert.<sup>186</sup> Tredjemann har da beviselig demonstrert sin vilje til å kontrahere med skadelidte. Dette medfører at det ikke er noen motsigelse mot å nekte erstatning for oppfyllelsesinteressen i hovedforholdet, men å tillate det i sideforholdet.<sup>187</sup> Bevismessig kan skadelidte legge for dagen en tapt kontraheringsmulighet med tredjemann som han hadde rett til å slå til på.

---

<sup>183</sup> Hov (2007) s. 249

<sup>184</sup> Simonsen (1997) s. 344

<sup>185</sup> Simonsen (1997) s. 345

<sup>186</sup> Simonsen (1997) s. 345

<sup>187</sup> Simonsen (1997) s. 346

Som en følge av dette, vil tapsutmålingen for den negative kontraktsinteresse kunne overstige oppfyllelsesinteressen,<sup>188</sup> der skadelidte har gått glipp av en kontrakt i sidelinjen med et større fortjenestepotensial enn den han forhandlet om med skadevolder. På den annen side medfører dette at de tilfeller der skadelidte har gått klar av en tapsbringende kontrakt som følge av kontraheringsbestrebelsene med skadevolder også vil spille inn på erstatningsutmålingen, men da som fradrag slik at erstatningen blir redusert.<sup>189</sup> Bevisproblematikken knyttet til dette, vil ikke bli forfulgt videre.

Også et disponeringstap må følge kausalkjeden, og med det spores tilbake til det erstatningsutløsende forhold. Forhandlingene med skadevolder må således ha vært en nødvendig betingelse for at skadelidte unnlot å kontrahere med tredjemann.<sup>190</sup>

#### 7.4 Avslutning

Som ovenfor vist, inntreffer den skadevoldende begivenhet ved de prekontraktuelle relasjoner gjerne på et sent stadium. Skadevolders motivasjonssvikt vil typisk inntreffe etter lengre fremskredne forhandlinger. Vi har allerede sett at skadelidte kan kreve erstattet sine adekvate kostnader *etter* normbruddet. Dette vil kunne medføre at det prekontraktuelle ansvar reelt gir partene lite beskyttelse, da de erstatningsberettigede tapspostene gjerne blir små sett i forhold til hva skadelidte faktisk investerte i forsøket. For å gi det prekontraktuelle ansvar en sterkere erstatningsrettslig slagside, kan det argumenteres for alternative innfallsvinkler til det tradisjonelle erstatningsrettslige kausalitetskravet, som vil medføre at skadelidte ikke blir sittende igjen med nærmest symbolske beløp. Lasse Simonsen lanserer i sin bok ”prekontraktuelt ansvar” (1997) to alternative utmålingsteorier, som kan gi skadelidte bedre kostnadsdekning; forutsetningsorientert og resultatorientert tapsutmåling.

Ved den forutsetningsrettede tapsutmåling, lar man den berettigede forventning danne grunnlag for kausalkjeden. Når aktører går inn i en forhandlingssituasjon, vil visse

---

<sup>188</sup> Simonsen (1997) s. 344

<sup>189</sup> Simonsen (1997) s. 349

<sup>190</sup> Simonsen (1997) s. 347

forventninger ligge som en forutsetning for deltakerviljen. Den kanskje viktigste er tilstedeværelsen av reell mulighet for at avtale vil kunne bli sluttet.<sup>191</sup> Videre vil det typisk være en forventning om at visse ”kjøreregler” for forhandlingsadferd overholdes underveis, slik at partene får en redelig prosess frem mot avklaringen av kontraheringsspørsmålet. Forutsetningene knytter seg altså i stor grad til forhold motparten må svare for, og der skadelidte har deltatt i kontraheringsbestrebelsene under uriktige eller bristende forutsetninger, vil dette utgjøre realskaden.<sup>192</sup> Disposisjoner som kan spores tilbake til de berettigede forventninger er etter dette beskyttet, også kalt deltakerinteressen.<sup>193</sup> Ved inntreden av forventningen ved forhandlingsoppstart, vil det foreligge et latent erstatningsansvar som vil kunne utløses av et senere brudd på den prekontraktuelle lojalitetsplikten. Vi ser altså at tidspunktet som danner basis for utmålingen ikke sammenfaller med normbruddet, som fortsatt utgjør ansvarsgrunnlaget (det illojale forhold).<sup>194</sup>

Den resultatorienterte tapsutmåling referer seg til partenes interesse i utfallet av kontraheringsbestrebelsene. Realskaden vil her i første rekke bestå av tapet av kontrakten, og utmålingsprinsippet innebærer en fremtidsrettet innfallsvinkel. Makter skadelidte å sannsynliggjøre at den manglende etterlevelsen av lojalitetsplikten har frarøvet ham kontrakten, vil oppfyllelsesinteressen kunne kreves erstattet.<sup>195</sup>

Bevismessig vil dette imidlertid normalt by på så store problemer, slik at dette ikke lar seg gjøre. Klarer imidlertid skadelidte å sannsynliggjøre tapet av en *gevinstmulighet*, vil den tapte muligheten kunne utgjøre realskaden, og skadelidte vil kunne kreve erstatning tilsvarende denne.<sup>196</sup> Til sist kan det resultatorienterte utmålingsprinsipp tjene som en presumpsjon om at kontrakten ville vært inntektsbringende for skadelidte, slik at han i det minste kan kreve sine kostnader for å ha deltatt i kontraheringsforsøket erstattet.<sup>197</sup>

---

<sup>191</sup> Simonsen (1997) s. 296

<sup>192</sup> Simonsen (1997) s. 296

<sup>193</sup> Simonsen (1997) s. 296

<sup>194</sup> Om Simonsens syn på det alternative kausalkriterie, se Prekontraktuelt ansvar s. 331 ff.

<sup>195</sup> Simonsen (1997) s. 296

<sup>196</sup> Simonsen (1997) s. 297

<sup>197</sup> Simonsen (1997) s. 297

Vi ser at begge utmålingsprinsippene opererer med alternative innfallsvinkler til kravet om kausalitet, og jeg vil understreke at dette kun er teorier. Det finnes ikke eksempler på slik erstatningsutmåling i rettspraksis, og om de noen gang vil bli en realitet vil kun tiden vise. For utførelige redegjørelser for utmålingsprinsippene, viser jeg til Lasse Simonsens ”Prekontraktuelte ansvar”, kapittel IV.



## 8 Litteraturliste

- Bruserud, Herman *Hardshipklausuler*. Bergen, 2010
- Caplex *Leksikon* 1. opplag. Oslo, 2001
- Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind *Forvaltningsrett*. 8. utg. Oslo, 2006
- Eide, Erling og Stavang, Endre *Rettsøkonomi*. 2. opplag. Oslo, 2008
- Farnsworth, E. Allan *Precontractual Liability and Preliminary Agreement: Fair Dealing and Failed Negotiations*. 1987 Columbia Law Review 217-294
- Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*. 3. opplag. Oslo, 2004
- Hov, Jo *Avtalebrudd og partsskifte, Kontraktsrett II*. 3. utg. Oslo, 2007
- Irgens-Jensen, Harald *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?* Oslo, 2010
- Selvig, Erling *Kontraktsslutningen I: Knophs oversikt over Norges rett*. 13. utg. Oslo, 2009
- Lødrup, Peter *Lærebok i erstatningsrett*. 4. utg. Oslo, 1999
- Nazarian, Henriette *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Tromsø, 2007
- Simonsen, Lasse *Prekontraktuelt ansvar*. Oslo, 1997
- Woxholth, Geir *Avtalerett*. 7. utg. Oslo, 2009

## **9 Rettsavgjørelser**

Alle avgjørelser er funnet på [www.lovdata.no](http://www.lovdata.no)

Rt. 1967 s. 13

Rt. 1981 s. 462

Rt. 1992 s. 1110

Rt. 1995 s. 543

Rt. 1995 s. 1908

Rt. 1998 s. 761

Rt. 2000 s. 679

Rt. 2007 s. 425

Rt. 2009 s. 1319

Rt. 2010 s. 1478

